This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 197 406

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

GERMANY

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Ersten Bandes zweite Abtheilung.

Sachenrecht.

Sechste, verbesserte Auflage.

Unter Mitwirkung
von
Johannes Biermann,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Gießen.

Berlin 1900.
Verlag von H. W. Müller.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Zweites Buch. Das Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Einleitung. Der Besitz.

Erstes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze.

Seite

§ 169. Begriff des Besitzes 1
§ 170. Der Schutz des Besitzes 4
§ 171. Die Entwickelung der Besitzinterdikte 7

Zweites Kapitel. Die Arten des Besitzes.

§ 172. Der juristische Besitz. Einleitung 10
§ 173. Die einzelnen Fälle des juristischen Besitzes 12
§ 174. Fälle bloßer Innehabung 14
§ 175. Bezeichnungen des Besitzes nach seinen Beziehungen zum Recht . . . 15

Drittes Kapitel. Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes.

§ 176. Allgemeine Voraussetzungen des Besitzerwerbes 17
§ 177. Ursprünglichkeit des Besitzerwerbes 18
§ 178. Die Apprehension 19
§ 179. Der Besitzwille 24
§ 180. Besitzerwerb durch Stellvertreter 26
§ 181. Besitzübertragung durch Erklärung 30
§ 182. Besitzverlust 33
§ 183. Verlust im Falle der Stellvertretung 36

Viertes Kapitel. Die Besitzklagen.

I. Allgemeines.

§ 184. Wesen der Besitzklagen 38

II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 185. Das Wesen der besitzerhaltenden Interdikte 40
§ 186. Die ordentliche Besitzklage 42
§ 187. Das summariissimum 45

Digitized by Google

Seite

III. Rekuperatorische Besitzklagen.

§ 188. Römische rekuperatorische Besitzklagen 46
§ 189. Spolieneinrede und Spolienklage 48

Fünftes Kapitel. Rechtsbesitz.

§ 190. Servitutenbesitz 51
§ 191. Rechtsbesitz im gemeinen Rechte und im B.G.B. 52

Zweiter Abschnitt. Das Eigenthumsrecht.

Erstes Kapitel. Begriff und Inhalt des Eigenthumsrechtes.

I. Eigenthum und gutgläubiger Besitz.

§ 192. Dingliche Rechte und Eigenthum 53
§ 193. Bonitarisches, provincielles Eigenthum 57
§ 194. Der gutgläubige Besitz 60

II. Miteigenthum.

§ 195. Begriff des Miteigenthumes 64
§ 196. Rechtsstellung der Miteigenthümer 67
§ 197. Die Theilungsklage 70

III. Inhalt des Eigenthumsrechtes.

§ 198. Grundeigenthum 74
§ 199. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines 76
§ 200. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen 78

Zweites Kapitel. Erwerb und Verlust des Eigenthumes.

I. Allgemeines.

§ 201. Die Erwerbsarten 80
§ 202. Das Eigenthumsrecht und die Sache 81

II. Okkupation und Specifikation.

§ 203. Okkupation 82
§ 204. Specifikation 84

III. Fruchterwerb.

§ 205. Die Fälle des Fruchterwerbes 87

IV. Die Fälle der Accession.

§ 206. Der Schatzerwerb 91
§ 207. Erwerb nach Uferrecht 93
§ 208. Inkorporation in Grundstücke 95
§ 209. Inkorporation in Mobilien 97
§ 210. Konfusion und Kommixtion 99

V. Derivative Erwerbsarten.

§ 211. Die Tradition 100
§ 212. Legitimation des Tradenten 102

Digitized by Google

Seite

§ 213. Uebereignungswille 103
§ 214. Die Besitzübergabe 106
§ 215. Bedingte Tradition 107
§ 216. Die exceptio rei venditae et traditae 109
§ 217. Veräußerungsverbote 112
§ 218. Eigenthumszutheilung durch Richterspruch 115

VI. Die Ersitzung.

§ 219. Begriff und Geschichte der Ersitzung 116
§ 220. Erfordernisse der Ersitzung 119
§ 221. Vollendung der Ersitzung 125
§ 222. Die außerordentliche Ersitzung 128

VII. Die Endigung des Eigenthumsrechtes.

§ 223. Fälle der Beendigung des Eigenthumes 130

Drittes Kapitel. Die Klagen des Eigenthümers und des gutgläubigen Besitzers.

I. Dingliche Klagen.

§ 224. Die Eigenthumsklage 132
§ 225. Die Parteien bei der Eigenthumsklage 134
§ 226. Form und Inhalt der Vindikation 139
§ 227. Retentionsrechte gegenüber der Vindikation 143
§ 228. Die publicianische Klage 145

II. Persönliche Klagen.

§ 229. a) Die Grenzscheidungsklage 149
§ 230. b) Cautio damni infecti 152
§ 231. Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen 155
§ 232. c) Actio aquae pluviae arcendae 157
§ 233. d) Die operis novi nuntiatio 161
§ 234. e) Das interdictum quod vi aut clam 165

Dritter Abschnitt. Die Servituten.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Servituten.

§ 235. Begriff und Haupteintheilung der Servituten 170
§ 236. Dinglicher Charakter der Servituten 172
§ 237. Verhältniß der Servitut zum Eigenthumsrechte 176

Zweites Kapitel. Die Prädialservituten.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ 238. Begriff und Wesen der Prädialservituten 179
§ 239. Eintheilungen der Prädialservituten 182
§ 240. Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück 184
§ 241. Untheilbarkeit der Prädialservituten 188

II. Die einzelnen Grundgerechtigkeiten.

§ 242. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte 190
§ 243. Andere Felddienstbarkeiten 193
§ 244. Gebäudeservituten 194

Digitized by Google

Seite

Drittes Kapitel. Die persönlichen Servituten.

§ 245. Die Arten der Personalservituten 198
§ 246. Der Nießbrauch 199
§ 247. Rechte des Nießbrauchers 202
§ 248. Die Rechte des Proprietars und die Pflichten des Nießbrauchers . . 206
§ 249. Uneigentlicher Nießbrauch 211
§ 250. Personalservituten beschränkten Inhaltes 214

Viertes Kapitel. Entstehung und Endigung der Servituten.

§ 251. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft 217
§ 252. Die Servitutenersitzung 221
§ 253. Richterspruch und Gesetz 225
§ 254. Untergang der Servituten 225

Fünftes Kapitel. Rechtsmittel des Servitutenrechtes.

§ 255. Die actio confessoria 230
§ 256. Die actio negatoria 233
§ 257. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes 236

Vierter Abschnitt. Superficies und Emphyteusis.

§ 258. Entwickelung von Superficies und Emphyteusis 239
§ 259. Superficies 243
§ 260. Emphyteusis 246

Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel. Wesen und Geschichte.

§ 261. Begriff des Pfandrechtes 250
§ 262. Dinglicher Charakter des Pfandrechtes 253
§ 263. Fiducia und Hypothek 255
§ 264. Die Formalisirung des Pfandrechtes in Deutschland 258

Zweites Kapitel. Voraussetzungen des Pfandrechtes.

I. Die Entstehungsgründe.

§ 265. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechtes im Allgemeinen . . . 261

a) Die freiwillige Bestellung.

§ 266. Die regelrechte Pfandkonvention 261
§ 267. Pfandkonventionen über fremde Sachen 263

b) Gesetzliche Pfandrechte.

§ 268. Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters 266
§ 269. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte 268

c) Richterliche Pfandrechte.

§ 270. Das pignus praetorium 270
§ 271. Pfändungspfandrecht 272

Digitized by Google

Seite

II. Gegenstand des Pfandrechtes.

§ 272. Verpfändbare Gegenstände 274
§ 273. Umfang der Pfandhaftung 276

III. Die versicherte Forderung.

§ 274. Die Arten der versicherten Forderung 277
§ 275. Umfang der versicherten Forderung 278

Drittes Kapitel. Die Wirkungen des Pfandrechtes.

I. Allgemeiner Charakter.

§ 276. Verhältniß des Pfandrechtes zum Eigenthum 279
§ 277. Ungetheiltheit der Pfandhaftung 281

II. Der Besitz des Pfandes.

§ 278. Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers 282
§ 279. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen 283

III. Der Pfandverkauf.

§ 280. Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria 284
§ 281. Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes 286
§ 282. Die Wirkungen des Pfandverkaufes 289

IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.

§ 283. Die hypothekarische Klage 291
§ 284. Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers 294
§ 285. Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte 295

Viertes Kapitel. Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger.

I. Die Rangordnung.

§ 286. Die normale Ordnung der Pfandrechte 298
§ 287. Privilegirte Pfandrechte 299

II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.

§ 288. Rechte nachstehender Pfandgläubiger 302
§ 289. Die hypothekarische Succession 303

Fünftes Kapitel. Ende des Pfandrechtes.

§ 290. Die dem Pfandrechte eigenthümlichen Beendigungsgründe 307
§ 291. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechtes 309

Sechstes Kapitel. Verpfändung von Rechten.

§ 292. Verpfändung von Forderungen. Afterverpfändung 312
§ 293. Verpfändung von Servituten 316

Register der Parömien VIII
Sachregister 319

Digitized by Google

Regiſter der Parömien.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten die Seiten, die in Parentheſe ſtehenden Ziffern die Paragraphen, a = Anmerkung. I bedeutet erſte, II zweite Abtheilung.

Actore non probante reus absolvitur I 366 a 4 (159).
Agere non valenti non currit praescriptio I 343 a 11 (147).
Bis de eadem re ne sit actio I 373 a 2 (162).
Bonae fidei possessor fructus consumtos suos facit II 90 (205).
Cavere aut carere II 154 (230), 207 (248).
Cessante ratione cessat lex I 64 a 3 (30).
Confessus pro judicato habetur I 190 a 3 (84).
Correctoriae leges sunt stricte interpretandae I 65 (30).
Da mihi factum, dabo tibi jus I 352 (152).
Dies coeptus pro completo habetur I 206 (89).
Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat I 367 a 10 (159).
Exceptio doli inest bonae fidei judiciis I 321 a 13 (138).
Fructus sine usu esse non potest II 204 a 14 (247).
Hereditas personam defuncti sustinet I 111 a 13 (50).
Indivisia est pignoris causa II 281 a 1 (277).
In dubio contra fiscum I 138 (60).
In pari causa est potior causa possidentis I 91 (42).
Judicio contrahitur I 182 (80).
Jura novit curia I 55 (25), 353 (152).
Jus publicum privatorum pactis mutari non potest I 66 a 1 (31).
Legalia praesumuntur I 55 a 9 (25).
Lex posterior derogat priori I 65 (30).
Locus regit actum I 104 (48).
Malitiis non est indulgendum I 89 a 7 (41).
Minima non curat praetor I 324 a 5 (140).
Mobilia ossibus inhaerent I 104 (47).
Nasciturus pro jam nato habetur I 111 (50).
Negativa non sunt probanda I 367 a 10 (159).
Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet I 89 a 5 (41).
Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet II 102 a 1 (212).

Digitized by Google

Nemo sibi causam possessionis mutare potest II 25 (179).
Non exemplis, sed legibus judicandum est I 62 a 2 (29).
Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest I 71 (33).
Nulli res sua servit II 175 (236).
Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur I 89 a 4 (41).
Olim possessor, hodie possessor II 43 (186), 125 a 5 (221).
Per liberam personam adquiri nobis non potest I 274 (118).
Per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse II 188 a 2 (241).
Petitorium absorbet possessorium II 39 a 6 (184).
Princeps legibus solutus I 78 a 8 (36).
Prior tempore potior jure II 299 (286).
Privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio I 91 a 6 (42).
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua I 349 a 8 (150).
Quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio II 112 a 11 (216).
Qui excipit non fatetur I 316 (137).
Qui jure suo utitur neminem laedit I 89 a 4 (41).
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia I 10 (4), 22 a 7 (11).
Qui prior tempore potior jure II 299 (286).
Qui tacet consentire videtur I 226 a 14 (98).
Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere I 283 a 1 (122).
Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias I 71 (33).
Quum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat I 76 a 10 (35).
Res judicata pro veritate accipitur I 372 a 5 (161).
Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei I 158 a 10 (68).
Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis I 260 (112).
Reus in exceptionibus fit actor I 317 a 10 (137), 366 a 5 (159).
Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem I 73 (34).
Servitus in faciendo consistere nequit II 173 (236).
Servitus servitutis esse non potest II 176 a 14 (236).
Spoliatus ante omnia restituendus II 51 a 14 (189).
Superficies solo cedit I 160 a 14 (69), II 95 (208).
Tantum praescriptum quantum possessum II 190 a 2 (242).
Toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris I 338 (146).
Utile per inutile non vitiatur I 287 (124).

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweites Buch.

Das Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Einleitung.

Der Besitz.[1]

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

§ 169. Begriff des Besitzes.

Es besteht eine zwiefache Ordnung für die Beziehungen der Individuen zu den Sachgütern, eine thatsächliche — der Besitz — und eine rechtliche — das Eigenthum.

1. Besitz — possessio — ist die reale Herrschaft über die Sachgüter. Der Besitz ist nicht, wie manche vermeinen, Recht. Er ist vielmehr ein Phänomen, welches außerhalb des Rechtes steht, wenn

1) Tit. Dig. de adquirenda vel amittenda possessione 41, 2. — Das Hauptwerk ist: Savigny, das Recht des Besitzes 1. Auflage 1803, 6. 1836; die 7. Auflage von Rudorff 1865 veranstaltet enthält werthvolle Zusätze des Herausgebers. Bezeichnend für die Macht des Genies ist, daß dies Werk, welches Savigny im 24. Lebensjahre in wenigen Wochen entwarf und vollendete, die Besitzlehre fast ein Jahrhundert lang beherrschte. Die rasch hingeworfene Jugendarbeit mußte unvermeidlich neben ihren glänzenden Vorzügen Fehlgriffe enthalten. Auch diese Partien des Werkes behaupteten in Folge der bestechenden Darstellung und der Autorität des Verfassers Geltung. — Hervorragend durch seine dogmengeschichtlichen Untersuchungen ist C. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter, 1848. Neue Anregungen haben die geistvollen Ausführungen von Ihering der Besitzlehre gegeben. Ihering schrieb: Grund des Besitzesschutzes 2. Auflage 1869, ferner: der Besitzwille 1889 und den seine Ansichten zusammenfassenden Aufsatz: der Besitz im Handbuch der Staatswissenschaften von Conrad Bd. 2 S. 406, wiederabgedruckt in seinen Jahrb. Bd. 32 S. 41. Die ältere Litteratur über d. Besitz giebt Savigny S. 7 und Rudorff in der 7. Aufl. S. 543 ff., die neuere Windscheid Bd. 1 § 148, vgl. Nachtrag zu §§ 148—153 S. 761—62. Neuestens noch Strohal, Besitzrecht d. Entwurfs in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 336, Bd. 31 S. 1, Bekker zur Reform des Besitzrechts, daselbst Bd. 30 S. 235 und hierüber Strohal, das. Bd. 31 S. 66, Bekker, der Besitz beweglicher Sachen, das. Bd. 34 S. 1.

Digitized by Google

sich auch Rechte an dasselbe knüpfen.[2] Unterstellen wir, was praktisch unmöglich, an sich aber denkbar ist, daß die Rechtsordnung total aufgehoben wäre, so wäre damit der Besitz nicht beseitigt. Die thatsächliche Herrschaft der Menschen über die Sachgüter würde vielmehr fortdauern, sie ist Bedingung der gesicherten menschlichen Existenz.

Der Besitz ist ein *physisches Verhältniß*. Aber er ist nicht nothwendig etwas *Sinnliches*. Er tritt uns gleichsam vor Augen, wenn man auf Grundstücken wohnt und sitzt,[3] und wenn man Mobilien leiblich inne hat oder unter Verschluß hält. Nicht weniger stehen aber weit entlegene offene Grundstücke, dort aufgehäuftes Getreide, zurückgelassene Ackergeräthschaften in unserem Besitze.

Besitz ist nichts bloß Momentanes. Nur die *befestigte, in die Zukunft hinein wirkende physische Gewalt* über die Sache ist Besitz.[4] Die Sache muß also dauernd zu unserer Verfügung stehen und fortgesetzt unserer Einwirkung unterliegen.[5] Nicht absolute Sicherung der Zukunft wird aber gefordert. Solche ist nie zu erreichen. Auch feste Riegel können gesprengt und die durch sie verwahrten Besitzthümer geplündert werden. Nothwendig ist nur, daß man nach dem *gewöhnlichen Laufe* der Dinge auf die fortgesetzte Verfügung über die Sache zählen kann.

---

2) Dies haben die römischen Juristen naiv und unmittelbar erkannt und zutreffend ausgesprochen. l. 1 § 4 D. de a. vel a. p. 41, 2 — Paulus — eam rem facti, non juris esse; l. 49 pr. D. eod. — Papinianus — plurimum ex jure possessio mutuatur. Daher denn nach l. 49 § 1 cit. „possessio non tantum corporis, sed et juris est". Irremachen können allerdings die gewöhnlichen Definitionen des Rechtes im subjektiven Sinn. Denn wenn nach Windscheid Bd. 1 § 37 Recht „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensherrschaft" ist, so scheint auch im Besitz eine solche Herrschaft zu liegen, und wenn nach Ihering Rechte „rechtlich geschützte Interessen" sind, so trifft diese Definition an erster Stelle den juristischen Besitz. Betrachtet man dagegen mit uns — oben § 39 — das Recht als einen dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehenden Antheil an den Lebensgütern, so ist zu behaupten, daß im Besitz allein, abgesehen vom Recht, ein derartiger „Antheil" nicht liegt. Anderer Ansicht u. A. Bekker, Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abtheilung Bd. 5 S. 154, Ihering im Handbuch Bd. 2 S. 414.

3) l. 1 pr. D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

4) l. 3 § 13 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum . . . hactenus possideri, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus; daher ist die Erörterung von Paulus libro 14 ad Sabinum in l. 14 pr. D. de servit. 8, 1 nicht ganz zutreffend.

5) Der in einem Laden angestellte Verkäufer hat bezüglich der ihm zum Verkaufe übergebenen, im Laden befindlichen Waaren weder Besitz noch Gewahrsam, R.G. für Straff. Bd. 2 S. 1, ebensowenig der Zollbeamte an den zur Verzollung in den Diensträumen befindlichen Gegenständen, R.G. für Straff. Bd. 3 S. 201, und auch nicht der Förster am Walde und an dessen Erzeugnissen, die seiner Obhut unterstehen, R.G. für Straff. Bd. 5 S. 180. Denn diese Angestellten haben wohl momentan die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache, aber keine befestigte Herrschaft.

Digitized by Google

Dazu gehört, daß sie dem Spiele der Naturgewalten entrückt und daß sie gegen die Mitmenschen gesichert ist. Unter geordneten Verhältnissen besteht diese Sicherung schon dann, wenn die Sache erkennbar unserer Herrschaft unterstellt ist. Denn Dritte haben eine natürliche Scheu, die fremde Sphäre anzutasten; diese Scheu wird durch die Sitte befestigt und durch das Recht verstärkt.

2. Höher als die thatsächliche Ordnung — der Besitz — steht die rechtliche — das Eigenthum. Das Eigenthum ist das Recht auf die totale Herrschaft über die Sachgüter; der Besitz ist diese Herrschaft.[6]

Beides kann zusammenfallen. Dies ist auch das Gewöhnliche. Aber es ist nicht *nothwendig*, daß der Besitz mit dem *Rechte zum Besitze* — dem jus possidendi — übereinstimmt. Auch wer ohne Recht, ja ohne den Glauben, oder den Vorwand eines Rechtes eine Sache beherrscht, ist Besitzer.[7]

Der berechtigte Nichtbesitzer kann die *Herausgabe* seiner Sache vom nichtberechtigten Besitzer erzwingen. Aber hierzu ist Klage und Beweis des Rechtes und rechtskräftige Verurtheilung erfordert. Inzwischen behält der Beklagte den Besitz. Er bleibt dauernd im Besitz, auch wenn er jedes eigenen Rechtes offensichtlich entbehrt, falls dem Kläger der Beweis seines Rechtes mißlingt. Daher lautet ein alter Spruch beati possidentes. Ihn bewahrheitet die tägliche Erfahrung.

3. Der Besitz ist etwas vom Rechte Getrenntes. Aber er ist gleichwohl für das Recht von Wichtigkeit. Es knüpfen sich an ihn Rechtsfolgen — das jus possessionis.[8] Eine unmittelbare Folge ist der Schutz durch Besitzesrechtsmittel — *possessorische Interdikte*. Eine weitere ist die *Ersitzung*. Denn das Bestehende hat die Tendenz, zum Rechte zu werden. Die Ersitzung ist jedoch nicht an den Besitz allein, sondern an *redlichen* Besitz geknüpft.

4. Wenn wir von Besitz schlechthin reden, so meinen wir dessen einfachste Art, den *Sachbesitz*. Dies ist *die Herrschaft über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen*. Der Sachbesitz in diesem Sinne ist ausschließlich. Mehreren kann dieselbe Sache

---

6) l. 12 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Nihil commune habet proprietas cum possessione, l. 1 § 2 D. uti possidetis 43, 17. Der vulgäre Sprachgebrauch identificirt vielfach Besitz und Eigenthum. Der Jurist darf sich derartiges nicht zu schulden kommen lassen.

7) l. 11 § 1 D. de her. pet. 5, 3 pro possessore vero possidet praedo — l. 12 D. eod. Ulpianus libro 67 ad edictum — qui interrogatus, cur possideat responsurus sit „quia possideo“ nec contendet se heredem vel per mendacium.

8) Von dem „jus possessionis“ spricht u. a. l. 44 pr. D. h. t., l. 2 § 38 D. ne quid in loco publico 43, 8.

Digitized by Google

nicht total zur Verfügung stehen. Allerdings tauchte unter den römischen Juristen der Gedanke einer possessio plurium in solidum auf; doch verwarfen sie ihn schließlich entschieden.[9]

Zulässig ist aber Mitbesitz einer Sache durch mehrere *zu ideellen Theilen*.[10][11] Zulässig ist auch der *Besitz eines Rechtes* an der Sache, z. B. des Nießbrauches, *neben dem Sachbesitze*.

§ 170. Der Schutz des Besitzes.

1. Der Besitz ist nicht Recht und erhält gleichwohl rechtlichen Schutz durch die possessorischen Interdikte. Nicht bloß redliche, auch unredliche Besitzer, selbst Räuber und Diebe dürfen dieselben geltend machen. Das Recht unterstützt also auf der einen Seite, was es auf der anderen verwirft und bestraft. Dieser Widerspruch verlangt eine Erklärung. Die Römer haben sich hierauf freilich kaum eingelassen; desto emsiger hat sich die moderne Wissenschaft mit diesem Probleme beschäftigt.[1] Ein Einverständniß über den Grund des Besitzesschutzes wurde aber nicht erzielt.

---

9) l. 3 § 5 D. h. t. 41, 2, l. 5 § 15 D. commodati 13, 6; unten § 186 Anm. 20.

10) Mitbesitz mehrerer Theilhaber — s. g. compossessio — ist möglich und häufig, Besitz eines ideellen Theiles, während die anderen ideellen Theile herrenlos sind, unserer Ansicht nach nicht denkbar. Es läge hierin jedenfalls praktisch eine Abnormität. Vgl. Steinlechner, Wesen der juris communio Heft 2 S. 18, 23.

11) Die Römer in ihrem Streben nach Bestimmtheit und Klarheit stellten den Rechtssatz auf, daß der Besitz auf einen *bestimmten* ideellen Theil gerichtet sein müsse, um Anerkennung zu finden, l. 26 D. h. t. 41, 2, l. 3 § 2 D. eod. Hieraus zogen sie die Konsequenz, daß Mitbesitzer, welche im Ungewissen darüber seien, wie groß der Besitztitel eines jeden sei, nicht besäßen. l. 32 § 2 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 32 ad Sabinum. Incertam partem possidere nemo potest. ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat: neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit. Die Konsequenz war eine unausweichliche. Aber sie bildete einen rein formalen Rechtssatz — mera suptilitas —, welcher dem realen Verhältnisse nicht gerecht wurde. Windscheid Bd. 1 § 152 Anm. 12 behauptet, indem die bezeichnete Konsequenz mera suptilitas genannt sei, werde sie zurückgewiesen. Dies ist nicht richtig. Die römischen Juristen konnten sich ihr von ihrer Prämisse aus nicht entziehen. — Aber dem gemeinen Rechte wie dem B.G.B. ist der zu Grunde liegende Satz fremd. Das heutige Gesellschaftsrecht kennt vielmehr nach deutschrechtlichen Anschauungen zahlreiche Gemeinschaftsverhältnisse, bei welchen die Mitbesitzer dieselbe Sache zusammen *zur gesammten Hand* besitzen, ohne daß sie bestimmte ideelle Theile an derselben haben. So besitzen bei allgemeiner Gütergemeinschaft die Ehegatten ihre Vermögen bis zur Auflösung der Ehe zusammen, ebenso die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen bis zur Auseinandersetzung. Bestimmte Antheile bestehen vorher nicht.

1) Eine interessante Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten giebt Jhering, Besitzesschutz S. 2 ff.; vgl. auch Randa, Besitz nach österr. Rechte 4. Aufl. 1895 § 8, Capone im archivio giuridico Bd. 50 S. 9, Jean Appleton, essai sur le fondement de la protection possessoire. Par. 1892. — Bekker, Recht des Besitzes S. 14 ff. erachtet die *Frage* nach dem — philosophischen — Grunde des Besitzesschutzes als verfehlt. Der Besitzesschutz besteht. Dies müsse dem Anhänger der geschichtlichen

Digitized by Google

2. Man unterscheidet relative und absolute Theorien. Die relativen suchen den Grund des Schutzes des Besitzes außerhalb desselben, in anderen Rücksichten, Einrichtungen, Zwecken; die absoluten leiten den Besitzesschutz aus dem Wesen des Besitzes selbst her.[2]

a) Die relativen Theorien betrachten als das Entscheidende theils den Schutz der Person des Besitzers gegen Gewalt, theils das Interesse des Eigenthums.

Savigny vor allen erklärte den Besitzesschutz als Hülfe gegen Gewalt.[3] Die Antastung des Besitzes vergewaltige den Besitzer, er werde somit verletzt.[4] Dies Unrecht solle durch die Besitzinterdikte ausgeglichen werden. Die Rechtsmittel des Besitzers seien Deliktsklagen. Aber gerade dies bewährt sich nicht. Nur eines der possessorischen Interdikte — das i. unde vi — hat Deliktsnatur; die anderen Besitzesinterdikte haben sie nicht. Dies gilt namentlich von dem wichtigsten Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes — dem interdictum uti possidetis. Dasselbe entscheidet den Streit über den Besitz in ähnlicher Weise, wie die Eigenthumsklage den Streit über das Recht schlichtet. Es schützt den Besitz gegen Störung und Gewalt; aber Gewalt und Delikt sind seine Voraussetzungen nicht.

Andere erklären den Besitzesschutz daraus, daß der Besitz wahrscheinliches Eigenthum sei.[5] Insbesondere hat dies Ihering in selbständiger Weise durchgeführt.[6] Der Besitz, findet er, sei die Thatsächlichkeit des Eigenthums, und der Besitzesschutz eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung. Der Eigenthümer sei regelmäßig zugleich Besitzer. Im Besitze vertheidige er sein Eigenthum. Der Besitz lasse

---

Rechtslehre genügen. So verstanden indessen die alten Meister der historischen Schule, insbesondere Savigny, jene Lehre nicht. Diese haben nie darauf verzichtet, auf die tieferen — philosophischen — Gründe des Gewordenen einzugehen. Zu solcher Resignation kann sich der forschende Geist der Menschen nicht verstehen. Siehe auch Ihering, Scherz und Ernst i. d. Jurisprudenz 1884 S. 322, Pfersche, östr. Sachenrecht 1893 Bd. 1 S. 80.

2) Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 3 ff.

3) Savigny, Besitz § 5 S. 30, § 6 S. 56, vgl. hiergegen Ihering a. a. O. S. 6, siehe ferner unten § 185.

4) Puchta, Pand. § 122 und Vorlesungen in § 122, giebt hiernach der Theorie Savignys die Wendung: „die Persönlichkeit fordert, daß der Besitz geschützt werde, bis ein Recht an der Sache nachgewiesen wird".

5) Diese Auffassung fand schon unter den Glossatoren Vertretung. Vgl. glossa in vacuam zu l. 12 C. de probat. 4, 19... Item dicit Placentinus quod quis eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur et vindicat, si a possessione cadit ... quod non placet. Vgl. Bruns in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 S. 56.

6) Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 45.

Digitized by Google

sich daher als Eigenthumsposition, als ein Vorwerk des Eigenthums bezeichnen. Nicht um des Besitzes willen sei der Besitzesschutz da; nur um des Eigenthums willen sei er geschaffen. Aber freilich könne man diesen Schutz dem Eigenthümer nicht zuwenden, ohne zugleich den besitzenden Nichteigenthümer daran Theil nehmen zu lassen. Es sei dies die leidige, aber unvermeidliche Konsequenz der dem Eigenthümer zugedachten Beweiserleichterung, der Preis, den das Gesetz zahlen müsse, um dem Eigenthümer den ihm zugedachten erleichterten Eigenthumsschutz zuzuwenden.

Hiernach bleibt aber unerklärt, daß selbst der liquide Nachweis des Nichteigenthums des Besitzers gegenüber der possessorischen Klage ausgeschlossen ist. Beispielsweise kann der vom Ehegatten beschenkte Gatte kein Eigenthum am Geschenk erlangen, da das Gesetz Schenkungen unter Ehegatten für nichtig erklärt; aber die römischen Juristen erklären ausdrücklich, daß er am Geschenke juristischen Besitz habe.[7] Der Besitz kann also nicht bloß um des vermutheten Eigenthums willen geschützt sein.

b) Unter den absoluten Theorien ist die Willenstheorie die verbreitetste. Der im Besitze realisirte Wille, obgleich er rein faktisch ist, vielleicht im grellsten Widerspruche mit allem Rechte steht, muß, sagt man, doch der allgemeinen Natur des Willens zufolge geschützt werden. Denn der Wille ist an sich und seinem Wesen nach frei, die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bildet das gesammte Rechtssystem. Zwang und Gewalt gegen den Willen sind also ohne Rücksicht auf seine Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches ein Schutz gegeben sein muß.[8]

Auch diese Argumentation ist nicht durchschlagend. Denn im Streite um den Besitz steht Wille gegen Wille, Person gegen Person. Warum hat nun der Wille dessen, welcher den Besitz zu behaupten sucht, das Uebergewicht über den Willen dessen, der ihn zu erlangen strebt? Die Willenstheorie kann diese Frage nicht lösen. Sie sagt uns nichts darüber, warum die Thatsache des Besitzes den Willen des einen über den des anderen erhebt.[9]

Die Lösung des Problems ist unserer Ansicht nach folgende: der Besitz ist die thatsächliche Gesellschaftsordnung, die gegebene Vertheilung der Sachgüter. Er gewährt dem Individuum unmittelbar

7) l. 1 § 4 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

8) Bruns, Recht des Besitzes § 58.

9) Stahl, Philosophie des Rechtes Bd. 2 Abth. 1 S. 304 ff. 5. Auflage.

Digitized by Google

die Werkzeuge seiner Thätigkeit, die Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse. Eine willkürliche Unterbrechung dieses thatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersetzliche Störung herbeiführen. Die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist daher eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens. Sie ist zur Erhaltung der bürgerlichen Gesellschaft nicht weniger, wie der Rechtsschutz erforderlich.[10]

§ 171. Die Entwickelung der Besitzinterdikte.

Das Verständniß der Besitzlehre ist zum nicht geringen Theile abhängig von einer richtigen Einsicht in die geschichtliche Entwickelung des Besitzes und der possessorischen Klagen.

Viele identificiren normalen Besitz mit Eigenthumsbesitz, d. h. dem Besitz mit der Absicht sich als Eigenthümer zu betragen. Jeder andere Besitz erscheint ihnen als eine Abart.

Ergiebt nun die historische Betrachtung, daß ursprünglich nicht Eigenthumsbesitz, sondern andere Herrschaftsverhältnisse Besitzesschutz erhielten, so ist schon damit einer richtigeren Auffassung des Besitzes der Weg gebahnt.

Allerdings ist die Ansicht verbreitet, daß das interdictum uti possidetis, das wichtigste römische Besitzrechtsmittel, ursprünglich den Zweck hatte, den Eigenthumsbesitz zur Vorbereitung der Vindikation zu ermitteln, um festzustellen, wer als Nichtbesitzer die Rolle des Klägers und wer als Besitzer die Stellung des Beklagten habe.[1]

Dies ist aber gewiß unzutreffend, denn das interdictum uti possidetis gehörte — das liegt nach der Darstellung desselben bei Gajus zu Tage — der Epoche eines streng formellen, an symbolische Handlungen gebundenen Prozesses an, also der Zeit des Vorherrschens der legis actiones und den Anfängen prätorischer Rechtsbildung.

Höchst unwahrscheinlich nun ist schon an sich, daß die abstrakte Trennung von Besitz und Eigenthum bezüglich der im römischen Eigen-

---

10) Das Wesen des Besitzes hat Goethe treffend im 12. Buch von Wahrheit und Dichtung erfaßt, indem er von den Reichskammerrichtern sagt: „Frisch arbeiteten sie weg, was kurz abgethan werden kann und muß, was über den Augenblick entscheidet oder was sonst leicht beurtheilt werden kann. Die Sachen von schwererem Gehalt, die eigentlichen Rechtshändel, blieben hingegen im Rückstand, und es war kein Unglück. Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn wenig kümmern."

1) So Ihering, Grund d. Besitzesschutzes; Bekker, Recht des Besitzes S. 99 ff. Vgl. auch die Uebersicht bei Capone im archivio giuridico Bd. 50 S. 19. Capone a. a. O. Bd. 51 S. 158 theilt im wesentlichen die hier vertretene Ansicht.

Digitized by Google

thum stehenden Sachen schon in so früher Zeit durchgeführt war. Dem widerspricht aber auch, daß die damalige Eigenthumsklage, die vindicatio sacramento, als zweiseitige Klage, dem Besitzer, wie dem Nichtbesitzer offen stand, daher nothwendig eine possessorische mit der petitorischen Funktion verband.

Das interdictum uti possidetis war vielmehr, wie innere und äußere Gründe ergeben, zum Schutze der Possessionen am gemeinen Land — ager publicus — eingeführt.[2] Diese Besitzthümer

2) Ausführung und Begründung giebt Dernburg, Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechtes 1883. Auch Max Weber, röm. Agrargeschichte 1891 S. 87 betrachtet den ager publicus als Hauptanwendungsgebiet der possessorischen Interdikte. Gegen meine Schrift polemisirt Bekker, Savignyzeitschrift rom. Abth. Bd. 5 S. 143 ff. Er hat sich aber in deren Gedankengang nicht versetzt, und seine Einwendungen sind unzutreffend. Possessio ist den Römern nicht bloß der Eigenthumsbesitz, sondern auch Besitz anderer Art, insbesondere derjenige des Prekaristen. Wie haben wir die Erscheinung zu erklären, daß Besitz von so verschiedener Art einem Begriff unterstellt ist? Die Entwickelungsgeschichte der possessorischen Interdikte giebt uns den Fingerzeig. Bildeten sich die Interdikte ursprünglich bei einem prekaristischen Verhältniß, wurden sie erst später auf den Eigenthumsbesitz übertragen, so ist das Problem bis zu einem gewissen Grade gelöst. Von diesem Gesichtspunkte aus hat die Behauptung Niebuhrs, die ich weiter begründete, daß sich die possessorischen Interdikte bei den Possessionen am Gemeinland — einer Art des precarium — bildeten, eine Bedeutung für das Dogma der Besitzeslehre, welche bisher nicht gewürdigt war. Bekker stellt sich meinen Ausführungen durchweg mit Leugnen oder mit Nichtwissen gegenüber. Er leugnet die begriffliche Identität, ja selbst die „Aehnlichkeit" des Besitzes am Gemeinland mit dem precarium. Aber bei beiden Verhältnissen handelt es sich um Ueberlassung „auf Widerruf". Das Wesen der Sache ist also bei beiden dasselbe. Bekker leugnet ferner das Bedürfniß des possessorischen Schutzes der Possessionen am Gemeinland. Ich aber halte es für undenkbar, daß ein großer, vielleicht der größte Theil des römischen Grundbesitzes Jahrhunderte lang ohne jeden Rechtsschutz war. Bekker leugnet, daß die Interdikte geeignete Schutzmittel für die Possessionen waren. Ihm deucht, es habe sich utilis vindicatio, wie bei Superficies und Vectigalland, eher empfohlen. Aber die utilis vindicatio führt nicht in die Legisaktionenzeit hinauf, um die es sich doch handelt! Sie wurde erst zur Zeit des Formularprozesses möglich. Auch war gerade die Superficies durch ein dem interdictum uti possidetis sehr ähnliches Interdikt geschützt, vgl. l. 1 pr. D. de superficiebus 43, 18. Bekker leugnet ferner die Beweiskraft der Quellenzeugnisse dafür, daß der Besitz an Gemeinland durch die possessorischen Interdikte geschützt wurde. Seine Interpretation der Stelle von Festus ist aber nicht ausreichend. Bekker leugnet auch, daß sich in den Formen des alten Prozesses dessen Grundgedanken spiegeln. Daran muß man jedoch festhalten. Absprechend verhält sich auch Ihering, Besitzwille S. 124. Aber seine Gründe sind nicht überzeugend. Wenn Ihering annimmt, es würde das Staunen der Römer erregt haben, wenn der Prätor sich in dem für den ager publicus bestimmten Interdikt des Ausdrucks „possidere" statt „frui" bedient hätte, so ignorirt er, daß die Römer gerade für den in Besitz genommenen ager publicus stetig und technisch von possessiones sprechen. Wenn er ferner meint, die possessores des ager publicus hätten ihre Grundstücke — die agri occupatorii — vom Censor „erpachtet", so liegt hierin ein Mißverständniß, vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 95. Gegen die Meinung endlich, daß der Censor seine „Pächter" zu schützen hatte und nur seine Pachtregister anzusehen hatte, um allem Besitzstreit bezüglich der possessiones am ager publicus ein Ende zu machen und daß dem „Censor" die Entscheidung der über sie entstandenen Streitigkeiten gebührt habe vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 248: „Der Censor ist nicht kompetent zur Entscheidung von Streitigkeiten, welche zwischen Privaten über den Ge-

Digitized by Google

bildeten in der früheren Republik einen höchst wichtigen Bestandtheil des Vermögens der Römer. Sie gingen unter Lebenden von Hand zu Hand und vererbten sich thatsächlich von Geschlecht zu Geschlecht. Doch im Eigenthum der Possessoren standen sie nicht und Eigenthumsbesitz konnten dieselben nicht beanspruchen. Denn sie gehörten unentziehbar dem Staate, welcher sie den Besitzern koncedirte, gleichsam zu Lehen überließ. Demzufolge hatten die Possessoren keine Eigenthumsklage. Aber ein Rechtsschutz für sie war nicht zu entbehren. Für diesen Besitz schuf daher der Prätor das i. uti possidetis zum Ersatz der fehlenden Eigenthumsklage.[3] Daher ist es auch im Gang des Verfahrens und in seinen Formalitäten der vindicatio der Zeit der legis actiones durchweg analog.

Die spätere Zeit trennte scharf Besitz und Eigenthum. Nunmehr wurde die Vindikation einseitig. Mit ihr kann seitdem nur der nichtbesitzende Eigenthümer gegen den besitzenden Nichteigenthümer klagen. War der Besitz streitig, so mußte die Rolle des Klägers und die des Beklagten vorher festgestellt werden. Dazu dienten jetzt die possessorischen Interdikte.[4] Aber hierin lag nicht ihre ursprüngliche und auch in späterer Zeit nicht ihre einzige Aufgabe.

---

brauch öffentlicher Sachen entstehen." Karlowa, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 314 spricht sich übrigens gegen unsere Auffassung aus, jedoch ohne treffende Gründe. Insbesondere beweist l. 14 D. de injuriis 47, 10 nichts für ihn; denn wenn auch das Gemeinland öffentlich war, so gehörte doch der Besitz an ihm zum Privatvermögen. Neuerdings hat sich auch Ubbelohde, bei Glück Serie der Bücher 43, 44 Theil 5 S. 617, gegen meine Ansicht ausgesprochen.

3) Vgl. Festus v. possessio, dessen Text Huschke über die Stelle des Varro S. 93 im wesentlichen unzweifelhaft richtig unter Verbesserung von Korruptelen hergestellt hat. Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii non ipse fundus aut ager, non enim possessio est e rebus, quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit ut praetor his verbis utatur: uti nunc possidetis eum fundum q. d. a. quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis: adversus ea vim fieri veto. Hier wird offenbar das Interdikt nicht als etwas Präparatorisches für die Vindikation hingestellt. Es erscheint vielmehr als Rechtsmittel des possessor zum Ersatz der fehlenden Vindikation. Derartige Possessoren, welche die Vindikation nicht hatten, waren zur Zeit des Aelius Gallus vorzugsweise diejenigen von Gemeinland. Doch wendet man ein, nach Festus spricht das Interdiktsformular von „fundus"; das paßt nicht auf in Besitz genommenen ager publicus! Folglich ist das Interdikt für diesen nicht geschaffen. — Ein schwacher Einwand. Daß das ediktale Formular des i. uti possidetis dessen Gegenstand hervorhebt, ist nicht erwiesen, nicht wahrscheinlich. Gaj. IV § 160 bezeichnet als Hauptinhalt „uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto". In den Pandekten ist gewiß nur als Beispiel „aedes" eingefügt, bei Festus „fundus". — Auch die i. unde vi und quod vi aut clam heben nicht ausdrücklich hervor, daß sie bloß für Grundstücke bestimmt sind. Vgl. auch Gaj. Inst. IV § 149.

4) Vom Standpunkte der Kaiserzeit und des unter Hadrian redigirten prätorischen Ediktes rechtfertigt sich die Aeußerung von Gajus Inst. IV § 148: retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die Arten des Besitzes.

§ 172. Der juristische Besitz. Einleitung.

Nicht jede thatsächliche Gewalt über eine Sache gilt im Rechtssinn als Besitz, — possessio — als s. g. juristischer Besitz.[1] Hierzu ist vielmehr gefordert, daß das Machtverhältniß staatlich geachtet wird, daß zu seinen Gunsten die possessorischen Interdikte gewährt werden.

Solchen Schutz hat in der Regel nur, wer für sich besitzt.

Doch giebt es Fälle, in welchen als Besitzer behandelt, also selbständig possessorisch geschützt wird, wer zwar nicht für sich, aber doch unabhängig von Anderen besitzt. Dies insbesondere beim Sequester.

Und zahlreiche Fälle bestehen, in welchen Jemand zwar die Sache in eigenem Interesse inne hat, ihm aber dennoch aus socialen und rechtspolitischen Gründen Besitzesschutz versagt, Besitz also abgesprochen und einem Andern zugetheilt wird. So war es nach älterem römischen Rechte bei Hausuntergebenen und noch nach späterem bei Miethern und Pächtern. Sie galten als für ihren Hausvater, ihren Vermiether und Verpachter besitzend.

Wer juristischer Besitzer ist, darüber entscheidet also nicht eine ab-

---

et uter petere debeat: cujus rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi. Aehnlich Ulpian in l. 1 §§ 2 und 3 D. uti possidetis 43, 17.

1) Ihering, Besitzwille steht den hier vertretenen Ansichten am nächsten. Denn Ihering verwirft entschieden, wie ich thue, die Behauptung Savignys, daß sich der juristische Besitz durch den animus domini charakterisire; ebenso Pflüger, Besitzklagen S. 299. Aber Ihering geht weiter. Auch die Absicht „für sich" zu besitzen sei, behauptet er, nicht grundsätzlich erforderlich, principiell genüge vielmehr jedes Habenwollen; nur aus positiven Gründen werde in bestimmten Fällen der Besitz dem Inhaber abgesprochen, um einem Andern Besitz zuzuschreiben. In Wahrheit sind aber die Fälle zu unterscheiden, in welchen der Besitz nicht besteht, „weil der Besitzwille ein unvollkommener" ist, da man nicht für sich besitzen will, und die, in welchen dem Besitz ein positives Hinderniß im Interesse eines Dritten entgegensteht. Man prüfe zwei Fälle a) Ein Diener nimmt ein Pferd, fälschlich glaubend, hierzu beauftragt zu sein, für seinen Herrn in Empfang, dieser weist es zurück. Besitzt es nun der Diener ohne weiteres? Trotzdem daß ihm hier ein Hinderniß aus der Person seines Herrn nicht entgegensteht, ist das gewiß nicht der Fall. Was soll er mit dem Thier? Ihm fehlt der Besitzwille, also Besitz. b) Es miethet Jemand die eigene Sache irrthümlicherweise. Ist er Besitzer? Gewiß. Ihm fehlt nicht der Herrschaftswille, und ein Hinderniß aus dem Miethsverhältniß tritt ihm nicht entgegen, weil die Miethe nicht besteht l. 21 D. de usurp. 41, 3. — Gegen Ihering Kuntze zur Besitzlehre 1890, Randa, Besitz 4. Aufl. § 1a, Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 224, für ihn Baron in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 192, Bd. 30 S. 107.

Digitized by Google

strakte schulmäßige Begriffsbestimmung, sondern die Auffassung des Verhältnisses in der Gesellschaft und der Geschichte.

Anders die herrschende, von Savigny begründete Lehre. Sie identificirt juristischen Besitz mit Eigenthumsbesitz, also mit der Absicht, die Sache als eigene zu besitzen und keinen Eigenthümer über sich anzuerkennen.

Zweifellos wird aber in vielen Fällen juristischer Besitz Personen zuerkannt, welche die Absicht nicht haben, sich als Eigenthümer zu betragen. Es gehört hierher der Besitz der Prekaristen, des Pfandgläubigers, des Sequesters.

Die herrschende Meinung bezeichnet derartigen Besitz als anomalen. Sie erfand den Begriff und die Bezeichnung des abgeleiteten Besitzes. Es übertrage nämlich der Besitzer hier singulärer Weise seinen Besitz auf einen Anderen; dieser sei in Folge dessen Besitzer ohne eigenen animus domini, sein Besitz habe die Eigenschaft des juristischen wegen des Besitzwillens des Autors.[2]

Es ist begreiflich, daß sich Viele hierbei nicht beruhigen mochten.[3] Der juristische Besitz wird von Savigny bloß nach begrifflichen Merkmalen bestimmt. Trotzdem wird hinterher etwas juristischer Besitz genannt, was dieser begrifflichen Merkmale entbehrt. Das Wesentliche des Besitzes soll der animus domini sein, d. h. die Absicht, sich wie ein Eigenthümer zu betragen; schließlich aber findet sich eine große Zahl von Besitzern, welche diese Absicht nicht haben. Der Besitz wird grundsätzlich als ein Zustand aufgefaßt, welcher in der eigenen That und in dem eigenen Willen des Besitzers wurzelt, und doch erscheint eine Menge von Besitzern, deren Besitz sich von dem Willen eines Anderen herleiten soll. Dabei findet sich keine Spur in den Quellen davon, daß der Besitz des Prekaristen, des Pfandgläubigers etwas Anomales sei. Insbesondere hat die Bezeichnung ihres Besitzes als abgeleiteten keinen Anhalt im römischen Rechte.

Die Quellen identificiren den juristischen Besitz nirgends mit Eigenthumsbesitz. Sie setzen das entscheidende Merkmal nicht in den animus

---

2) Savigny § 9. Ihm folgen unbedingt u. a. Puchta, Pand. § 125, Keller, Pandekten § 118, Vangerow Bd. 1 § 200 Anm. 1, Arndts, Pand. § 135, Bruns, Recht des Besitzes § 2, Brinz Bd. 1 § 139, welcher von „anvertrautem Besitz" spricht, in selbständigerer Weise Wächter Bd. 2 S. 32 und Windscheid Bd. 1 § 149 Anm. 7.

3) Savigny im Zusatz zur 6. Ausgabe § 9 läßt die Dissentienten Revue passiren und weist sie scharf zurück. Vgl. auch Rudorff zu Savigny num. 39 S. 606. Neuerdings mehren sich die gegnerischen Stimmen. Dahin gehört Ass. Tartufari, della acquisizione e della perdita del possesso 1887 Bd. 1 S. 263 ff.

Digitized by Google

domini.[4] Die Schwierigkeit, um welche es sich hier handelt, ist also eine selbstgeschaffene.

Der abgeleitete Besitz bildet eine gekünstelte, den Quellen fremde juristische Konstruktion. Die Auffassung, welche den juristischen Besitz grundsätzlich mit Eigenthumsbesitz identificirt, giebt ihm eine viel zu schmale Grundlage und verführt zu Fehlgriffen.

§ 173. Die einzelnen Fälle des juristischen Besitzes.

Juristischen Besitz hat:

1. der Eigenthumsbesitzer, welcher sich wie ein Eigenthümer betragen, die Sache also als eigene behandeln will — animus domini. Nicht wesentlich ist der Glaube Eigenthümer zu sein — die opinio dominii. Auch der Dieb und Räuber hat daher Eigenthumsbesitz, obgleich er sein Nichtrecht kennt und in strafbarer Weise in den Besitz kam.

2. Juristischer Besitzer ist ferner der Prekarist, welchem der Besitz einer fremden Sache von deren Herrn unentgeltlich auf Widerruf überlassen wurde.[1] Wem bloß der Aufenthalt in der fremden Sache prekaristisch verstattet wurde, ist natürlich nicht Besitzer.[2]

4) Die römischen Juristen sprechen von animus possidentis l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2, possidendi affectus l. 3 § 3 D. eod., a. possidendi l. 41 D. de reb. cred. 12, 1, aber niemals von animus domini. Vgl. Rudorff in Savignys 7. Auflage S. 603. Diese Bemerkung hat keineswegs bloß terminologischen Werth, wie Rudorff a. a. O. annimmt. Sie beweist vielmehr, daß den römischen Juristen der Gedanke fremd war, daß der animus domini das Charakteristische für den juristischen Besitz bilde. Nicht selten behauptet man, daß Theophilus den Besitz als Innehabung mit dem animus domini bezeichne. Er spricht aber nur von Herrschaftswillen τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.

1) Gegenstand des Prekarium waren vorzugsweise Grundstücke, aber auch Mobilien — l. 4 pr. D. de precario 43, 26 — und Gerechtigkeiten — l. 5 § 2 D. eod. Seit ältester Zeit diente das Prekarium dem Adel dazu, Klienten an sich zu fesseln, von denen er gegen Ueberlassung von Land Unterwürfigkeit, Treue, Waffengenossenschaft erwarten durfte; in der Kaiserzeit mögen auch, wie Max Weber, röm. Agrarverfassung S. 244 vermuthet, die römischen Großgrundbesitzer sich durch solche Ueberlassung an Ansiedler einen Stamm ländlicher Arbeiter gesichert haben. Das Verhältniß, rechtlich jederzeit lösbar, war thatsächlich meist dauernd l. 8 § 7 D. eod. Daher fühlte sich der Prekarist als der Herr seines Besitzthums und wurde wie ein solcher in der Gesellschaft und vom Rechte respektirt. Als Herr sah sich auch bereits der Käufer an, welcher vor Zahlung des Kaufpreises precario in die Kaufsache eingewiesen war l. 20 pr. D. eod. — wie auch der verschuldete Pfandschuldner, welchem der Pfandgläubiger den auf ihn übergegangenen Besitz precario beließ — l. 11 D. eod. — Ueber Prekarium vgl. Ihering, Besitzwille S. 399, Scialoja del precarista in per l' VIII centenario della u. di Bologna studi giuridici e storici. — Heutzutage sind Fälle des Prekarium selten. Doch findet Weber, Verhältnisse der Landarbeiter 1893 S. 773 eine moderne Art des Prekariums darin, daß im Osten Deutschlands häufig Gutsherrn ländlichen Arbeitern unentgeltlich und widerruflich Kartoffelland überlassen, um sich deren Dienste gegen üblichen Tagelohn zu sichern.

2) Man verstattet z. B. einem Nachbarn Zutritt zu unserem Park l. 6 § 2 D. de prec. 43, 26. „qui rogavit, ut in fundo moretur, non possidet", l. 10 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2.

Digitized by Google

3. Der Emphyteuta, welcher das vererbliche und veräußerliche Recht voller Nutzung eines Grundstückes hatte, ist gleichfalls als juristischer Besitzer der Sache anzusehen. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatten die Besitzer von Vectigalländereien längst die possessorischen Interdikte, ehe der Prätor sie durch Gewährung einer vindicatio utilis in die Reihe der dinglich Berechtigten stellte. Juristischen Besitz hat auch der Superficiar.[3]

4. Es wurde ferner dem Pfandgläubiger juristischer Besitz zugestanden, wenn er in der Innehabung der Pfandsache war,[4] ohne Unterschied, ob ihm ein Faustpfand oder eine Hypothek bestellt worden.

5. Nicht minder hat juristischen Besitz der Sequester, welcher eine Streitsache von den Streitenden mit der Bestimmung zur Verwahrung empfängt, daß er sie dem herausgebe, welcher Recht behält.[5]

---

3) Man führt an l. 15 § 1 D. qui satisdare 2, 8 Macer libro 1 de appellationibus: . . . sed et qui vectigalem id est emphyteuticum fundum possidet possessor — in Bezug auf die Kautionspflicht — intelligitur. Arndts, civ. Schriften Bd. 1 n. 22, gesteht dem Emphyteuta bloßen Rechtsbesitz zu, nicht aber Sachbesitz. Mag die Aeußerung von Macer nicht entscheidend sein, so gerirt sich doch der Emphyteuta im Leben als der Herr der Sache, wird als solcher angesehen und ist um deswillen als Sachbesitzer zu betrachten. Ein Anzeichen hierfür liefert auch l. 25 § 1 am E. D. de usuris 22, 1. — Daß man auch dem Superficiar juristischen Besitz zuschrieb, ergiebt l. 1 § 5 D. de vi 43, 16. Denn hiernach wurde das interdictum unde vi, welches nur juristischen Besitzern zusteht, dem Superficiar gewährt. Dagegen A. Schmidt, Savignyztschrft. rom. Abth. Bd. 11 S. 145, Ubbelohde, Serie der Bücher 43, 44 Theil 5 S. 508.

4) Der Verpfänder besitzt daneben „ad usucapionem", d. h. die Ersitzung läuft ihm fort, trotzdem daß die Sache nicht mehr in seiner Hand, sondern in der des Pfandgläubigers ist. l. 16 D. de usurp. 41, 3. Javolenus libro 4 ex Plautio. Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia, qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet. adeo ut adici possit et possessio ejus, qui pignori dedit. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 50 ff.

5) Vgl. über den Begriff der Sequestration unten Bd. 2 § 93, l. 17 pr. D. depositi 16, 3. — Die herrschende Meinung geht dahin, daß der Sequester nur dann juristischer Besitzer sei, „wenn die Parteien ausdrücklich bestimmen, daß dieser Dritte den Besitz haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usukapion unterbrochen werde". Savigny § 25 S. 301. Vgl. Rudorff hierzu a. a. O. S. 665, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 607, Ubbelohde a. a. O. S. 496. Man wird zugestehen müssen, daß eine derartige ausdrückliche Bestimmung über die Ueberlassung des Besitzes seltsam ist und nicht leicht praktisch wird. Nach unserer Ansicht hatte der Sequester stets juristischen Besitz. In der Regel besaß der bisherige Besitzer wie der Verpfänder durch den Sequester „ad usucapionem" fort. Die Betheiligten konnten aber vereinbaren, daß dem bisherigen Usukapienten die Zeit während der Sequestration nicht eingerechnet werden solle. Dies nur sagt l. 39 D. h. t. 41, 2 Julianus libro 2 ex Minicio. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Hiermit stimmt l. 17 § 1 D. depositi 16, 3 Florentinus libro 7 institutionum. Rei depositae proprietas apud deponentem manet; sed et possessio,

Digitized by Google

§ 174. Fälle bloßer Innehabung.

Thatsächliche Beherrschung einer Sache, welche nicht Besitz im Rechtssinne ist, pflegt man seit Savigny bloße Detention oder Innehabung zu nennen.

Die Verhältnisse, welche man hierher zählt, haben unter einander wenig Verwandtes. Das Gemeinsame liegt vorzugsweise in dem negativen Umstand, daß sie nicht juristischen Besitz herstellen.

1. Es kommt vor, daß Jemand willenlos eine Sache inne hat. Einem Schlafenden z. B. wird etwas in die Hand gelegt, ein Kind, ein Geisteskranker ergreift eine Sache.[1] Das ist die Innehabung in rein physischem Sinn, rechtlich unerheblich.

2. Dagegen ist von besonderer Bedeutung die Innehabung des Stellvertreters, z. B. dessen, der in fremden Diensten steht und anvertraute Objekte besitzt, ferner des Mandatars, des Depositars. Solche Personen haben die Sache für den Geschäftsherrn und nicht für sich; sie sind und fühlen sich bloß als dessen Organe, um deswillen sind sie nur Detentoren, nicht Besitzer.[2]

3. Es giebt Verhältnisse, in welchen man als bloßes Organ und Werkzeug eines Dritten gilt, ohne Rücksicht darauf, ob man dies will oder nicht.

Insbesondere besaßen in Rom die Sklaven für ihre Herren, was sie inne hatten, auch wenn sie etwa für sich besitzen wollten.[3] Ursprünglich war dies auch bei den Hauskindern der Fall.

In gleicher Weise behandelte man Miether und Pächter. Sie waren in der Miethsache, aber sie sollten keinen festen Fuß in ihr fassen. Sie wurden zur Dienerschaft des Vermiethers heruntergedrückt und be-

---

nisi apud sequestrem — ergänze res und keineswegs possessio — deposita est: nam tum demum sequester possidet — d. h. nur dann besitzt der Depositar, wenn er Sequester ist — id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. Der Schlußsatz scheint in der Kompilation verdorben, berührt aber die Frage nicht, ob der Sequester besitzt. Zu denselben Ergebnissen kommt, ohne meine Ausführung zu kennen, Voigt, Besitz des Sequester 1885. Vgl. auch Serg. v. Nikonoff, die Lehre v. d. Sequestration 1894 III. Theil.

6) Im Sinne des gemeinen Rechtes mußte man dem Finder nicht weniger wie dem Sequester possessorischen Schutz, also Sachbesitz zuschreiben, denn seine Stellung ist eine analoge. Mandry im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 n. 1.

1) l. 1 § 3 D. h. t. 41, 2 Paulus libro 54 ad edictum. Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.

2) l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2.

3) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2.

Digitized by Google

saßen nur für ihn.[4] Auch den Nießbraucher betrachtete man als Vertreter des Eigenthümers im Besitz; doch gestand man ihm wenigstens den Besitz seines Rechtes zu.

4. Bloßen Aufenthalt in der fremden Sache, dazu freilich Recht der Obhut und prätorisches Pfandrecht hatten ferner in Rom die in das Vermögen ihres Schuldners vom Magistrat eingewiesenen Gläubiger. Ihr Einzug verdrängte den Schuldner nicht. Er begründete nur ein „in possessione esse" und keineswegs „possessio".[5 6]

§ 175. Bezeichnungen des Besitzes nach seinen Beziehungen zum Recht.

1. Die römischen Quellen sprechen oft von „civiliter" oder „naturaliter" possidere.[1] Doch was sie damit meinen ist dunkel!

Von „civiliter possidere" reden sie vorzugsweise, wenn die thatsächliche Herrschaft mit dem Eigenthum zusammenfällt, von naturalis possessio, wenn dies nicht der Fall ist. Daher besitzt naturaliter der Sklave, was er inne hatte, der Ehegatte das ihm von seinem Ehegatten

4) l. 10 D. h. t. 41, 2. Die Erklärung des Paulus l. 37 D. de pign. act. 13, 7 wonach der Vermiether Besitzer bleibt: „cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi" ist nicht befriedigend. Ihering, Besitzwille S. 268. Sie giebt aber Zeugniß dafür, daß die römischen Pächter und Miether sich ihr Verhältniß gar nicht anders vorstellen konnten, als das völliger Abhängigkeit. Vgl. Pernice, Parerga VIII. Savigny-Zeitschr. Bd. 19 S. 89. Die Miether und Pächter waren in Rom einzig auf ihre persönliche Forderung gegen ihre Vermiether und Verpächter angewiesen und hatten weder dingliche Klage noch possessorische Interdikte. Immerhin gestand man ihnen gegen eigenmächtige Einwirkung Dritter auf das Miethgrundstück das interd. quod vi aut clam zu, siehe unten § 234. Nach gemeinem Recht aber hatten sie die Spolienklage, siehe unten § 189 Anm. 7, und sonstigen Schutz oben § 125 Anm. 3.

5) l. 10 § 1 D. h. t., vgl. l. 3 § 23 D. h. t.

6) B.G.B. § 854 bestimmt: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben." Es tritt dies an die Stelle des juristischen Besitzes des gemeinen Rechtes. Eine Unterart ist der „Eigenbesitz" § 872, wenn man eine Sache als uns gehörend besitzt. Vom bloßen Inhaber handelt § 855. „Uebt Jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältniß aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer." Steht aber der Inhaber nicht in einem solchen äußerlich erkennbaren, thatsächlichen Abhängigkeitsverhältniß von einem Anderen bei der Innehabung, besitzt er vielmehr als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist er zwar „Besitzer, aber es ist auch der Andere Besitzer" (mittelbarer Besitz) B.G.B. § 868.

1) l. 24 D. h. t. 41, 2. l. 38 §§ 7 und 8 D. de V. O. 45, 1. — l. 26 pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1 und l. 1 §§ 9 und 10 D. unde vi 43, 16. — l. 3 § 15 D. ad exhibendum 10, 4. Vgl. noch l. 7 § 1 D. eod., l. 2 § 1 D. pro herede 41, 5. Der hier vertheidigten Ansicht ist verwandt die von Karlowa Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 311.

Digitized by Google

nichtigerweise Geschenkte, der Pfandgläubiger sein Pfand, der Miether und Pächter das Miethobjekt. Eine Eintheilung des Besitzes als solchen ist durch diese Bezeichnungen nicht beabsichtigt.[2]

Savigny dagegen betrachtete die Ausdrücke als technisch für die Klassifikation des Besitzes. Der Besitz, welcher zur Usukapion führe, heiße civilis, anderer Besitz naturalis. Dieser zerfalle dann wieder in possessio, d. h. Interdiktenbesitz und p. naturalis im engeren Sinn, d. h. bloße Detention. Bei unbefangener Betrachtung wird man finden, daß den gedachten Ausdrücken in den Quellenstellen eine besondere Beziehung zur Usukapion meist sehr ferne liegt. Sollte, wenn dem Sklaven bloße naturalis possessio zugeschrieben wird, betont werden, daß er nicht usukapiren könne? Daran war nicht zu denken.

2. Die Ausdrücke possessio justa und injusta werden von den Römern in verschiedenem Sinne gebraucht.

Justa possessio heißt einmal rechtmäßiger Besitz, d. h. der auf einem gehörigen Rechtsgrunde beruhende;[3] injusta possessio ist dem gegenüber der Besitz ohne Rechtsgrund.

Dann aber versteht man unter injusta possessio auch Besitz, den man gegenüber einem Gegner in fehlerhafter Weise, d. h. vi, clam oder precario hat.[4] Vi ist der durch Ueberwältigung des Besitzers, clam der hinter dessen Rücken heimlich erworbene Besitz. Der precario, auf Widerruf, eingeräumte Besitz wird vitiös, wenn man die Sache im Fall einer Zurückforderung nicht zurückgiebt. Im Gegensatze hierzu ist justa possessio Besitz, welcher von jenen Fehlern frei ist.[5]

3. Redlichen Besitz — bonae fidei possessio — hat, wer aus gutem Grunde glaubt, daß er zum Besitz berechtigt sei,[6] unredlichen Besitz — malae fidei possessio —, wer weiß oder wissen muß, daß sein Besitz mit dem Rechte nicht übereinstimmt.[7]

2) Savigny, Besitz § 7. Andere Ansichten bei Vangerow Bd. 1 § 199, Windscheid Bd. 1 § 148 Anm. 12. Der Streit, welcher seiner Zeit heftig über die Bedeutung von „civiliter“ und „naturaliter“ possidere geführt wurde, ist erlahmt, ohne daß man zu einem Einverständniß gelangt wäre. Das wissenschaftliche Interesse hat sich anderen, wichtigeren Problemen zugewendet.

3) l. 24 D. de a. vel a. p. 41, 2. l. 7 § 3 D. comm. div. 10, 3. l. 31 § 2 D. de her. pet. 5, 3. Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 405 ff. Der Pfandgläubiger hat justa possessio, wie auch der Prekarist, l. 13 § 1 D. de Publ. act. 6, 2, nur civiliter besitzen sie nicht, weil die besessene Sache nicht zu ihrem Vermögen gehört.

4) l. 1 § 9, l. 2 D. uti possidetis 43, 17. l. 19 pr. D. de precario 43, 26. Savigny, Besitz S. 103.

5) Nach B.G.B. § 858 ist fehlerhaft der durch verbotene Eigenmacht, d. h. dem bisherigen Besitzer ohne dessen Willen widerrechtlich entzogene Besitz.

6) Näheres unten Bd. 1 § 194.

7) Ueber den unredlichen Besitz vgl. Landsberg das furtum des unredlichen Besitzers 1888.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes.

§ 176. Allgemeine Voraussetzungen.

1. Subjekt des juristischen Besitzes können nur vermögensfähige Personen sein. Sklaven entbehrten in Rom der Fähigkeit juristischen Besitzes, weil sie nicht Personen waren;[1] Hauskinder waren nach älterem Rechte unfähig, Vermögen also auch Besitz zu haben; nach justinianischem Recht waren sie vermögens- und besitzfähig.[2]

2. Gegenstand des Besitzes von Privaten sind nur solche körperliche Sachen,[3] welche im privaten Eigenthume stehen können. Daher nicht Theile des Meeres,[4] nicht öffentliche Sachen des Staates oder öffentlicher juristischer Personen.[5]

Ungetrennte körperliche Theile einer Sache sind eines besonderen Besitzes nicht fähig. Der Besitzer eines Ganzen hat daher nicht etwa außerdem besonderen Besitz der einzelnen Bestandtheile dieses Ganzen. Dies gilt namentlich für verbundene Sachen. Der Hauseigenthümer z. B. besitzt nicht außer seinem Hause dessen Oefen, Treppen, Fenster als Mobilien. Der besondere Besitz, welchen er an solchen Baumaterialien hatte, geht vielmehr durch deren Einfügung in sein Haus unter.[6][7]

---

1) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2. Papinianus libro 2 definitionum. Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed etiam juris est.

2) Für das gemeine Recht, vollends dem B.G.B. ist dies selbstverständlich.

3) l. 3 pr. D. h. t. 41, 2. Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. An Sachgesammtheiten als solchen ist Besitz nicht möglich, er besteht nur an den einzelnen Stücken, vgl. oben § 68.

4) Die Besitznahme von Theilen des offenen Meeres zur ausschließlichen Fischerei oder Schifffahrt durch private Handlungen und Verbote ist ohne rechtliche Bedeutung. Wenn aber durch Privilegium Jemandem das ausschließliche Fischereirecht an einer Strecke des Meeres verliehen sein sollte, dann ist auch Besitz möglich und es wird ihm possessorischer Schutz gewährt. l. 13 § 7, l. 14 D. de injuriis 47, 10. Vgl. oben § 69 Anm. 15.

5) l. 30 § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum ... locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, et si contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum. Dennoch konnte man gutgläubig Freie als Sklaven besitzen, Goldschmidt, Studien S. 12. Nach der heutigen Auffassung haben Staat und Gemeinde Besitz an ihren öffentlichen Sachen und possessorischen Schutz.

6) Diese Sätze entsprechen der Logik. Sie werden auch von den römischen Juristen mit Bestimmtheit ausgesprochen. l. 23 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3. Javolenus libro 9 epistularum. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas

Digitized by Google

§ 177. Urſprünglichkeit des Beſitzerwerbes.

Aller Beſitzerwerb iſt originär.[1] Der Beſitz beruht auf *unſerem* Willen und deſſen Verwirklichung. Erforderlich iſt daher:[2]

a) animus, d. h. der Wille, die Sache für uns zu beherrſchen, und

b) corpus, d. h. Herſtellung des realen Herrſchaftsverhältniſſes.

Die Mitwirkung anderer Perſonen iſt oft nothwendig, um die Bedingungen unſerer Herrſchaft herzuſtellen und derſelben Raum zu machen. Aber ſie hat nur die Bedeutung einer Hülfe. Dies gilt auch falls der Beſitzerwerb auf Grund einer *Tradition* geſchieht.

Manche Schriftſteller faſſen freilich die Tradition des Beſitzes als

---

non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur . . . l. 1 § 1 D. de tigno juncto 47, 3 am Schluß. In der l. 30 pr. D. de a. v. a. p. 41, 2 iſt wohl nur von Sachen die Rede, welche ſich im Hauſe befinden, ſie gehört alſo nicht hierher. Vgl. übrigens Czyhlarz, zur Textkritik der l. 23 in jur. Vierteljahrsſchrift Bd. 6 Heft 4. Im Widerſpruch mit den Grundſätzen, von denen Javolenus ausgeht, ſcheint l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3 zu ſtehen. Pomponius libro 30 ad Sabinum. Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. In dem von Labeo beſprochenen Rechtsfalle handelte es ſich nur noch um zehn Tage, die zur Uſukapion erforderlich waren. Es iſt aber klar, daß das Entſcheidende nicht in der Zeit von zehn Tagen liegt, ſondern darin, daß die Säule, welche man bislang als ſolche beſaß, in das Haus, welches man beſitzt, verbaut iſt. Nach unſerer Anſicht will Labeo nicht den Untergang des beſonderen *Beſitzes* an der Säule in Folge ihrer Verbindung leugnen. Vielmehr liegt einer der Fälle vor, in welchen ſich die *Erſitzung* während einer Zeit vollendet, in welcher die Sache *nicht* im Beſitze des Uſukapienten war. Es handelt ſich alſo um eine Beſonderheit des Erſitzungsrechtes, nicht um eine Anomalie in der Geſtaltung der Lehre des Beſitzes. Die Anſichten ſind freilich ſehr getheilt. Eine Zuſammenſtellung giebt Vangerow Bd. 1 § 204 Anm. 2. Vgl. hierzu die gutgeſchriebene Inauguraldiſſertation von Hackfeld Pflüger, Beſitz und Erſitzung von Theilen einer Sache 1886, Eiſele in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 500, Perozzi sul possesso di parti di cosa in per l' VIII centenario della u. di Bologna studi giuridici e storici 1888, Hruza in Grünhut's Zeitſchr. Bd. 24 S. 290.

7) Werden Mobilien zuſammengefügt, nicht ſo vereinigt, daß die eine in der anderen aufgeht, ſo bleibt der beſondere Beſitz an ihnen beſtehen. In der oben citirten l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3 fährt Pomponius libro 30 ad Sabinum fort: quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verius est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Paulus freilich in der l. 6 und Ulpian in l. 7 §§ 1 und 2 D. ad exhibendum 10, 4 gehen, wie es ſcheint, davon aus, daß nur das Ganze und nicht die verbundenen Mobilien in dem Ganzen beſeſſen würden. Dieſe Auffaſſung iſt zwar die folgerechte, aber die von Pomponius iſt praktiſcher.

1) Klar und ſcharf ſpricht dies Paulus libro 54 ad edictum l. 1 § 2 D. h. t. aus: Apiscimur autem possessionem *per nosmet ipsos*.

2) l. 3 § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Et apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore.

Digitized by Google

Begründung einer Succession.[3] Aber sie vermittelt nur eine zeitliche Aufeinanderfolge. Es liegt keineswegs Succession in dem Sinne vor, daß der Besitz des Erwerbers mit dem Besitze des Tradenten identisch und von ihm abhängig ist. Der Empfänger wird nämlich auch dann Besitzer, wenn der Trabent die übergebene Sache nicht besaß, z. B. bloßer Depositar derselben war. Sein Besitz ist ferner nicht um deswillen fehlerhaft, weil der seines Vorgängers dies war.[4] Auch der Umfang seines Besitzes bemißt sich nicht nothwendig nach demjenigen des Vorgängers, bestimmt sich vielmehr nach der eigenen thatsächlichen Herrschaft und dem eigenen Willen. Immerhin geht die thatsächliche Vermuthung dahin, daß der Nachfolger das Uebergebene insoweit in Besitz nahm, als es der Trabent bisher besaß.[5][6]

§ 178. Die Apprehension.

Der Besitz wird begründet durch Besitzergreifung — Apprehension.

Eine solche kann durch Erfassen einer beweglichen Sache mit der Hand, Betreten eines Grundstückes mit dem Fuß, also ganz eigentlich corpore geschehen. Derartige sichtbare, reale Vorgänge erachtete die ältere Zeit als nothwendig, jedenfalls als das Normale.[1] Bald sah die

---

3) Dies geschieht durch Brinz possessionis traditio in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 n. 2. Neuerdings vertheidigt die Idee der Succession insbesondere Strohal Succession in den Besitz 1885 und auf Grund der mittelalterlichen Entwickelung Biermann, traditio ficta S. 144, 395. Vgl. auch Leo Graf Pininski, Sachbesitzerwerb 1885 ff. Bd. 2 S. 1 ff.; Hirsch a. a. O. § 15, Tartufari Bd. 1 S. 40, 77, Hruza in Grünhut's Zeitschr. Bd. 24 S. 270. Mit Recht betont Strohal, daß der Besitzerwerb im Fall der Tradition durch den bisherigen Besitzer sich weit leichter verwirklicht als bei einseitiger Okkupation. Doch dies ist nicht Folge einer rechtlichen Succession, sondern der thatsächlichen Situation.

4) B.G.B. § 858 Abs. 2 bestimmt indessen: Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kannte.

5) Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, hat in der Regel zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen.

6) Daß die Tradition keine Succession begründet, ergiebt sich unter anderem daraus, daß dem Käufer, welchem ein Grundstück tradirt wird und der an der Ausübung des von seinem Vorgänger geübten Wegerechtes gehindert wird, ein interdictum apiscendae possessionis gegeben wird, quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur vim fieri veto, l. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1. Läge in der Tradition eine Succession, so würde der Käufer Besitzer des Grundstückes mit seinen Gerechtigkeiten, wie der Verkäufer, und die Interdikte zum Schutz dieser Gerechtigkeiten wären retinendae possessionis.

1) Insbesondere verlangte Labeo leibliche Bethätigung der Macht l. 51 D. h. t. 41, 2 vgl. l. 15 D. ad exhibendum 10, 4, l. 3 § 18 D. h. t. Nach Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 278 sind die Quellen auf diesem Standpunkt stehen geblieben, und nur Prokulus vertrat eine Sondermeinung, indem er an die Stelle

Digitized by Google

Jurisprudenz auch die Ueberweisung der Sache seitens des bisherigen Besitzers am Orte ihres Lagerns oder doch in dessen Nähe als genügend an.[2] Schließlich fand sie ausreichend, daß man eine Sache dauernd in seine Gewalt gebracht hatte,[3] d. h. daß man nach dem gewöhnlichen Verlauf auf die thatsächliche Verfügung über sie rechnen kann. Darüber entscheidet die Gesammtheit der Umstände im gegebenen Falle. Immerhin bestehen einige auf die Lebenserfahrung gegründete Regeln.[4 5]

Mobilien treten in unseren Besitz, wenn sie in unsere Obhut — custodia — gekommen sind.[6] Dahin gehört nicht bloß persönliche Be-

---

des sedere und possidere, also des unmittelbar körperlichen Verhältnisses, ein geistiges, die potestas setzte.

2) l. 1 § 21 D. h. t. 41, 2, l. 74 D. de contr. emt. 18, 1. Die Präsenz will Klein, Sachbesitz und Ersitzung 1891 S. 37 als Erforderniß der Besitzergreifung festhalten; ebenso Hirsch a. a. O. insbes. S. 123 ff.

3) Es kommt überall in Betracht, wie Javolenus libro 13 ex Cassio l. 22 D. h. t. 41, 2 sagt: non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit. Anders Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 1 Anm. 1. B.G.B. § 854 Abs. 1 fordert wie unser Text „die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache".

4) Savigny, Besitz § 14 fordert zur Apprehension „die physische Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen". Diese Formulirung ist, wie Ihering, Grund des Besitzesschutzes, mit Recht ausführt, nicht richtig. Sie stimmt weder mit den Quellen überein, noch mit der Natur der Sache. Worauf es ankommt, hat wohl am bestimmtesten Proculus libro 2 epistularum l. 55 D. de a. r. d. 41, 1 erkannt. Ein Eber ist in unsere Fangnetze gerathen und ein Dritter nimmt ihn heraus. War er in unserem Besitz, obgleich wir von dessen Einfangen nichts wußten? Liegt ein Diebstahl vor? Nach längerer Erörterung erklärt der Jurist: summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Savigny unterstellt freilich, daß der Jäger in der Nähe stand und deshalb Besitzer wurde, davon weiß aber die Stelle nichts. Vgl. Pininski Bd. 1 S. 61 und dort Angeführte, ferner R.G. in Strafsachen Bd. 23 S. 89, Ztschrft. für Verwaltung und Rechtspfl. in Oldenburg Bd. 17 S. 352. Hruza a. a. O. erachtet die Meinung des Prokulus zwar für eine Sondermeinung, aber als maßgebend für das gemeine Recht.

5) Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 144, Handwörterbuch S. 419, verwirft die herrschende Apprehensionstheorie grundsätzlich. Besitz sei nicht „Gewalt über die Sache", sondern „Thatsächlichkeit des Eigenthums". Man solle sich fragen, wie es der Eigenthümer mit seinen Sachen erfahrungsmäßig zu halten pflege und man wisse, wo Besitz anzunehmen sei. Einige „der bergbaren" Sachen berge er in seinem Haus, andere „die freien" blieben gemäß ihrer ökonomischen Bestimmung im Freien, z. B. geschlagenes Holz, frei herumlaufende Thiere. — Aber nicht das fällt in das Gewicht, wie die Sachen der „Eigenthümer", sondern wie sie der „Besitzer" normalerweise behufs ihrer ökonomischen Verwendung zu haben pflegt. Sind sie in solche Lage gebracht, so müssen Dritte das Verhältniß respektiren — wir haben den Besitz. Immerhin besitzen wir auch Sachen, welche wir nicht ihrer ökonomischen Bestimmung entsprechend behandeln, z. B. kostbare Bücher, die in unserer Speisekammer liegen. Eine Modifikation der Theorie von Ihering giebt Pininski.

6) l. 3 §§ 13, 14 D. h. t. 41, 2 vgl. l. 18 § 2, l. 47 D. eod. Baron in Iherings Jahrbüchern Bd. 7 S. 83 ff. nimmt an, die custodia sei bei Mobilien „die Grundlage" des Besitzes. Sie ist aber nur eins der vorzüglichsten Mittel des Erwerbes und der Wahrung des Besitzes.

Digitized by Google

wachung durch uns oder unsere Vertreter; es genügt vielmehr der Schirm unserer Räume, vor allem unserer Wohnung, Magazine, Ställe, geschlossener Höfe und Gärten. Und selbst das Verbringen von Holz und Steinen auf unsere offenen Lagerplätze, von landwirthschaftlichen Maschinen oder Dünger auf unsere offenen Felder kann uns genugsame Sicherung und die zum Besitzerwerb erforderliche Gewalt geben.

Von Bedeutung ist weiter das *Anzeichnen* von Mobilien mit unserem Namen oder mit unserer Marke, denn dies giebt sichtbar und dauernd kund, daß die Sache für uns apprehendirt ist. Natürlich dürfen aber unserer Herrschaft über die angezeichneten Objekte keine physischen Hindernisse entgegenstehen. Ist dies der Fall, sind z. B. Sachen in verschlossenen Räumen, zu denen wir keinen Zutritt haben, so hat das Markiren nur die Bedeutung, den Gegenstand unserer Ansprüche zu individualisiren.[7]

Auch Einhändigen der *Schlüssel* zum Ort, wo verkaufte Mobilien lagern, macht den Empfänger zum Besitzer. Daß der Lagerraum in unmittelbarer Nähe sei, ist nicht zu fordern.[8]

Bei dem allen steht es anders, wenn es sich um eine einseitige Handlung — Okkupation — als wenn es sich um eine Tradition handelt.

Die *einseitige Besitzergreifung* muß sich *sichtbar* vollziehen, um einen *festen* Besitzstand herzustellen. Insbesondere genügt also nicht die Verfolgung wilder Thiere und nicht einmal deren Verwundung und die Nähe des Verfolgers, vielmehr ist deren Ergreifen oder Erlegen nothwendig.[9] Einseitige Okkupation von Objekten ferner,

---

7) In l. 15 § 1 D. de periculo et commodo 18, 6 erklärt Paulus libro 3 epitomatorum Alfeni ... videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. Dagegen äußert in l. 1 § 2 D. eod. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Si dolium signatum sit ab emptore. Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est, magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur. Ein Widerspruch liegt nicht vor. Das Signiren des offen liegenden Balkens mit Zustimmung des bisherigen Besitzers giebt uns dessen Besitz, das Signiren des Fasses im verschlossenen Keller, zu dem wir den Schlüssel nicht haben, bringt dasselbe nicht in unsere Gewalt. Die Juristen entscheiden hier konkrete Fälle; die Principien, welche aus ihnen zu abstrahiren sind, entwickelt unser Text. Vgl. die Abhandlung von Kohler, das Signiren als Besitzergreifungsakt in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 n. 1.

8) Papinian verlangt in der l. 74 D. de contr. emt. 18, 1 noch, daß „claves apud horrea traditae sint", damit die in ihnen enthaltenen Waaren als tradirt gelten können. Paulus aber in der l. 1 § 21 D. de a. vel a. p. 41, 2 erklärt, die Weine seien tradirt, wenn die Schlüssel zum Keller tradirt seien, ohne zu fordern, daß dieser Akt in der Nähe des Kellers geschehen sei; vgl. jedoch Exner, Tradition S. 100 Anm. 33, Klein a. a. O. S. 40, Tartufari Bd. 1 S. 110. Keinenfalls weiß Gajus in der l. 9 § 6 D. de a. r. d. 41, 1 von einer solchen Einschränkung. Mit Recht sprechen sich auch Ihering a. a. O. S. 207 ff., Biermann a. a. O. S. 398 gegen Papinian aus.

9) l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Pininski a. a. O. S. 61. Auch der Besitz

Digitized by Google

die im Besitze von Dritten stehen, giebt Besitz erst mit deren Entsetzung.[10] Okkupirt man daher in Abwesenheit des Besitzers dessen Grundstück, so erlangt man in der Regel den Besitz nur, wenn der bisherige Besitzer nach Kenntniß der That bei dem Versuche der Verdrängung des Eindringlings scheitert oder den Versuch, sich eigenmächtig zu helfen, unterläßt.[11]

Bei Tradition durch den bisherigen Besitzer ist eine derbsinnliche Weise der Apprehension entbehrlich. Das gemeine Recht geht hierin noch einige Schritte weiter als die römischen Juristen, ohne daß begrifflich eine Verschiedenheit vorliegt. Wir erhalten z. B. den Besitz schwimmender Waaren durch Einhändigung der Konnossemente über dieselben. Konnossement ist die Urkunde, in welcher ein Schiffer die Einladung von Waaren in das von ihm geführte Seeschiff bezeugt und deren Aushändigung an den Inhaber des Konnossements verspricht. Der Inhaber des Konnossements ist als Besitzer der in ihm verzeichneten Waaren anzusehen trotz ihrer Entfernung, trotzdem daß ihm eine physische Einwirkung auf sie erst nach längerer Zeit möglich ist. Denn der Inhaber des Konnossements kann nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Sicherheit auf die Verfügung über die Waare nach Ankunft des Schiffes zählen.[12][13]

eines in unserem Grundstücke verborgenen Schatzes wird erst mit der Inhandnahme erworben — si loco motus est — l. 3 § 3 D. de a. vel a. poss. 41, 2.

10) Vgl. l. 15 D. h. t. 41, 2.

11) l. 6 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam. Vgl. über diese Stelle Karlowa, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 322. — l. 7 D. eod. Paulus libro 54 ad edictum. Sed et si nolit in fundum reverti quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. Vgl. l. 3 § 8, l. 25 § 2, l. 46 D. eod. Pininski S. 191. B.G.B. § 859 verstattet Wiederbemächtigung „sofort nach der Entziehung".

12) Wie aber, wenn die Waare zur Zeit der Konnossements-Uebergabe von Seeräubern geraubt ist? Dann erlangt der Konnossementsinhaber nicht Besitz, aber die Vindikation muß als cedirt gelten. Vgl. Strohal, Succession in den Besitz S. 215. Ueber Besitzerwerb durch Konnossement siehe H.G.B. §§ 647 ff. und Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 681 ff., sowie die dort verzeichnete Litteratur. Auch durch Anweisung vollzieht sich die Tradition, wenn die Person, welche bisher für den Tradenten besaß, von diesem angewiesen wird, fortan für den Empfänger zu besitzen. Nach der Regel des loyalen Verkehres hat der Empfänger der Anweisung nicht weniger die Verfügungsmacht wie im Falle der Uebergabe der Schlüssel. Der Inhaber hat kein Interesse daran, ob er für den ursprünglichen Deponenten oder für dessen Nachfolger besitzt und wird der Anweisung regelmäßig sich fügen. — Ein anderer Fall ist es, wenn der Vertreter nur angewiesen wird, die bezüglichen Objekte zu verabfolgen. Dann wird der Besitz erst mit der Aushändigung übertragen und der Anweisende kann die Anweisung bis dahin zurücknehmen. R.G. Bd. 5 S. 185. Vgl. Kohler, Abhandl. S. 9. B.G.B. § 870 bestimmt: „Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wird."

Digitized by Google

Bezüglich der Tradition von Grundstücken bestehen besondere Zweifel. Sie kann sich zweiseitig auf denselben vollziehen oder auch aus der Nähe, z. B. von einem Thurm des Nachbargrundstückes aus.[14] Sehr gewöhnlich war aber in Rom, daß der Veräußerer die Grundstücke auch entfernt von ihnen in der Verkaufs- oder Schenkungs- oder sonstigen Urkunde dem anderen Theile zu überlassen und zu tradiren erklärte, worauf dieser einseitig deren Besitz ergriff.[15] Diese Besitznahme geschah dann wieder nach den Umständen. Bei geschlossenen Grundstücken, insbesondere Häusern oder landwirthschaftlichen Höfen, bedurfte es natürlich des Einzugs des Erwerbers oder eines Vertreters desselben,[16] bei offenen, z. B. einer Ackerparzelle oder einer Wiese, mochte sehr wohl die Annahme der Uebergabeerklärung oder eine Mittheilung an Orts- und Steuerbehörden genügen. Die Behauptung, es sei unumgänglich gewesen, daß der Erwerber, nachdem ihm der Veräußerer den Besitz überwiesen hat, nun seinerseits auf das Grundstück hinauswanderte, um Besitzer zu werden, ist unbegreiflich. Das Grundstück kann zur Zeit mit Schnee und Eis bedeckt oder überschwemmt oder sonst schwer zugänglich

13) Vielbestritten ist die l. 1 C. de donat. 8, 53. Impp. Severus et Antoninus. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. Die Gegenwart der Sklaven bei dem Akte der Uebergabe der Dokumente setzt voraus Savigny, Besitz § 16. Dann wäre aber vom Kaiser gerade dasjenige übergangen, worauf sich die Entscheidung angeblich gründen soll. Es galt vielmehr, wer die Dokumente über die Sklaven erhalten hatte, in der öffentlichen Meinung und auch nach Ansicht der Sklaven selbst als deren Herr. Ihm widmeten sie das Gefühl der Unterthänigkeit, worauf bei Sklaven vorzugsweise der Besitz beruhte. Vgl. Brunner, römische und germanische Urkunde S. 113, Goldschmidt, Studien z. Besitzrecht 1888 S. 4, Hirsch § 13; anders Tartufari a. a. O. S. 136. Im Mittelalter dehnte man die instrumentalis traditio auf Objekte jeder Art aus, Biermann traditio ficta S. 102, 182.

14) l. 18 § 2 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 3 § 1 D. eod. Pininski Bd. 1 S. 367.

15) Die übliche urkundliche Formel war „in rem ire, ingredi possidere permisimus“. So regelmäßig war in Rom ein derartiges schriftliches Bekenntniß, daß der Zweifel auftauchte und schwer zu beschwichtigen war, ob man ohne solche Urkunden Besitz durch Tradition erwerben könne. Freilich reskribirte Alexander Severus in der l. 2 C. de a. et r. possessione 7, 32; licet instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen veritate id consecutus es. Dennoch mußte dasselbe häufig, insbesondere auch von Diocletian eingeschärft werden. l. 12 C. de prob. 4, 19, l. 12 pr. C. de c. e. 4, 38. Pininski a. a. O. S. 317. Vgl. über diese Weise der Tradition Esmarch vacuae possessionis traditio 1873, Kniep a. a. O. S. 305, welcher freilich in den wirklichen Sachverhalt sich nicht zu versetzen wußte, und namentlich Brunner, römische und germanische Urkunde S. 119.

16) In der l. 48 D. de a. vel a. poss. 41, 2 handelte es sich um ein geschlossenes Grundstück, welches noch von den Sklaven des Schenkers besetzt war; dennoch ist Papinian bezüglich der thatsächlichen Besitznahme auf Grund des Besitzübertragungsinstrumentes lax genug. — Mit unserer Ansicht steht durchaus nicht im Widerspruch, daß man zuweilen im römischen Leben je nach Bedürfniß und zu mehrerer Sicherheit zu recht drastischen Besitzergreifungsakten auf Grund des Besitzüberlassungsdokumentes griff. Vgl. hierüber Kohler im Archiv für civ. Praxis Bd. 69 S. 156.

Digitized by Google

sein. Was soll er dann da? inwiefern fördert ein solcher Gang seine thatsächliche Herrschaft? Es handelt sich ja nicht um eine Form, sondern um die Frage der thatsächlichen Gewalt.[17]

Nicht anders ist es im heutigen Leben. Nur sind besondere Erklärungen über die Besitzüberweisung weniger in Uebung als in Rom. Sie versteht sich vielmehr häufig von selbst, z. B. im Falle der gerichtlichen Auflassung offener Grundstücke. Was dann zur Besitzergreifung seitens des Erwerbers gehört, ist wie in Rom Thatfrage. Nicht selten genügt auch seinerseits die Mitwirkung bei der Auflassung.

Die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz unterschied *eigentliche* und *uneigentliche* Tradition. Als eigentliche galt nur die leibliche Inbesitznahme, als uneigentliche jede andere Art.[18] Unter den Fällen der uneigentlichen Tradition hob man die *symbolische* Tradition hervor, d. h. die durch Zeichen, insbesondere durch Uebergabe der Schlüssel, Anzeichnen der Waare bewirkte Tradition. Diese Doktrin hat Savigny[19] mit glänzendem Erfolge bekämpft. Es handelt sich in allen bezüglichen Fällen nicht um bloße Zeichen, sondern um verschiedene Mittel zur Herstellung der Gewalt. Die Tradition ist entweder eine eigentliche oder gar keine.

§ 179. Der Besitzwille.

Zum juristischen Besitz ist erforderlich, daß sich zur Apprehension der Sache der *Besitzwille* gesellt.

Wer aber die reale Macht thatsächlich übt, von dem ist *anzunehmen*, daß er den Besitzwillen für sich hat.[1] Denn in der Regel verfolgt Jeder eigene Zwecke in den Geschäften des Lebens; daß er für Andere thätig sein wollte, ist daher besonders nachzuweisen.

---

17) Siehe Bähr a. a. O. Bd. 26 S. 319. Windscheid freilich Bd. 1 § 153 wie auch Pininski S. 332 erachten unsere Behauptungen für unbegründet. Vgl. dagegen Bähr a. a. O.: „Neuerdings hat Dernburg der hier vertretenen Ansicht sich angeschlossen. Endlich ein Lehrbuch, welches von vernünftigen Menschen nicht mehr verlangt, daß sie auf die Thürme steigen, um ihre Geschäfte zu erledigen." B.G.B. § 854 Abs. 2 stimmt hiermit überein. Nach ihm genügt zum Besitzerwerbe die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn der letztere in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

18) Biermann, traditio ficta 1891.

19) Savigny, Besitz § 18, vgl. auch Exner, Tradition S. 153 ff.

1) Dies betont Ihering, Besitzwille S. 167 mit Recht. B.G.B. § 854 sieht vom Besitzwillen ab. Allerdings wird in vielen Fällen die thatsächliche Gewalt erst durch den Willen zu besitzen begründet, welcher die Sache in unsere Machtsphäre bringt, indem wir für die Beherrschung derselben unsere Persönlichkeit einsetzen. Aber möglich ist die Herstellung der Gewalt auch ohne dies, z. B. wenn die Sache in unsere geschlossenen Räume gekommen ist.

Digitized by Google

1. Wird aber streitig, ob man Besitzer ist oder bloßer Innehaber, so ist auf den Grund des Besitzerwerbs, seine causa zurückzugehen. Wer im Dienst eines Andern Besitz ergriffen hat, oder auch als Miether oder Pächter zur Sache gelangte, ist bloßer Inhaber, wer als Eigenthümer oder Pfandgläubiger apprehendirt, ist juristischer Besitzer.

2. Die einmal eingenommene Besitzstellung ist dauernd. Durch Aenderung der ursprünglichen Absicht allein kann sie sich nicht umgestalten. Nemo sibi causam possessionis mutare potest.[2] Der Pächter z. B. erhält keinen Eigenthumsbesitz, wenn er auch den Entschluß faßt, die gepachtete Sache fortan für sich, wie wenn sie ihm zu eigen wäre zu besitzen. Der Verpächter behält durch den Pächter den Besitz sogar dann, wenn dieser die Pachtsache verkauft und sie für den Käufer besitzen will.[3]

Eine veränderte Absicht des Inhabers einer Sache wird erst dann beachtet, wenn sie durch reale Handlungen desselben, die gegen den Besitzer der Sache gerichtet sind, verwirklicht ist.[4] Sie wird ferner dann anerkannt, wenn sie auf Grund eines neuen Geschäftes mit dem bisherigen Sachbesitzer gefaßt wird.[5]

3. Besitz kann auch bedingt übertragen und demgemäß erworben werden.[6]

---

2) So formulirten die Juristen der Republik — die veteres — den Satz, l. 3 § 19, l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2. Man wollte namentlich verhindern, daß Personen, welche auf Grund eines singulären Titels, z. B. als Käufer, eine fremde Sache besassen, sich nach dem Tode des Eigenthümers derselben als pro herede besitzend gerirten und auf Grund dieses Titels mit Ablauf eines Jahres ersaßen, ohne daß bona fides ihrerseits nothwendig war, l. 33 § 1 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 1 D. pro her. 41, 5, vgl. Gaj. Inst. II § 56. Man gab aber jenem Satz auch die Anwendung, daß der Inhaber sich nicht durch seine bloße Willensentschließung zum juristischen Besitzer machen könne, l. 33 § 1 in fine D. de usurp. 41, 3, l. 5 C. de a. et ret. poss. 7, 32, vgl. l. 19 pr. D. h. t. 41, 2. Hierbei hat causa possessionis, wie Schirmer in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 11 S. 433 ausführt, die Bedeutung „Charakter des Besitzes". Anders Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 426 ff. Vgl. Ihering, Besitzwille S. 358.

3) l. 32 § 1 D. h. t. 41, 2. Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet. Auf dieser Entscheidung ruht die l. 5 C. h. t. 7, 32 von Diocletianus und Maximianus, welche freilich in sehr verschiedener Weise ausgelegt wird. Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui jus convelli non sinet. Der Käufer berief sich auf Ersitzung, weil er den Besitz redlich erworben habe und durch den Kolonen, welcher ihn als Pachtherrn anerkannte, die Ersitzungszeit innegehabt habe. Aber er hatte in Wirklichkeit den Besitz niemals erworben. Eine andere Auslegung giebt Brinz in Bekkers Jahrbüchern Bd. 3 S. 36. Abweichend auch Hruza a. a. O. S. 275.

4) l. 12, l. 18 D. de vi 43, 16.

5) l. 18 pr., l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 23 C. de locato 4, 65.

6) l. 38 § 1 D. h. t. 41, 2.

Digitized by Google

4. Nur wer fähig ist, persönlich Rechte zu erwerben, hat die Fähigkeit, durch persönliche Entschlüsse Besitz zu erwerben.

Folgerecht sind Wahnsinnige und Kinder nicht fähig, persönlich Besitz zu erwerben.[7] Bei Kindern erleidet dies aber um ihres Nutzens willen eine erhebliche Ausnahme. Im Falle einer Tradition an das Kind nämlich genügt außer der körperlichen Besitznahme das Habenwollen des Kindes, obwohl von einem vollbewußten Besitzwillen desselben nicht die Rede sein kann.[8] Denn hier handelt es sich um einen Geschäftsakt, dessen Bedeutung — Verschaffung des Habens — auch ein Kind empfinden mag. Dagegen kann das Kind durch willkürliche Wegnahme von Sachen aus fremdem Besitz keinenfalls Besitzer werden, und auch die Okkupation herrenloser Sachen durch das Kind gilt als Spiel und ist ohne Bedeutung für das Recht.

Vertreter, insbesondere Vormünder, können den Vertretenen Besitz erwerben.[9]

§ 180. Besitzerwerb durch Stellvertreter.[1]

1. Der Hausvater erwarb in Rom jederzeit wie Eigenthum so Besitz durch seine Gewaltuntergebenen.[2] Hatte er ihnen ein Pe-

7) l. 1 § 5 D. h. t. 41, 2. Nach B.G.B. ist Willensunfähigen verstattet Besitz zu erwerben.

8) Ueber den Besitzerwerb durch Kinder vgl. Savigny, Besitz § 21, Puchta im rhein. Museum Bd. 5 n. 3, ferner Denzinger im Archiv für civ. Praxis Bd. 31 n. 7 und n. 13, Vangerow § 204 Anm. 1. Es beschäftigen sich mit demselben zwei Quellenstellen: l. 32 § 2 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Der Rechtssatz, den hier Paulus lehrt, hat sich offenbar in einer Zeit gebildet, in welcher der Erwerb des Besitzes für den Mündel durch seinen Vormund noch nicht anerkannt war. Er erhielt sich dann traditionell auch in die Zeit hinein, wo dies möglich wurde, l. 1 § 20 D. h. t. Wir müssen aber heute derartige Vorgänge so auffassen, daß der Vormund auf Grund seines Besitzwillens durch das Kind für das Kind Besitz erwirbt. So verschwindet die Anomalie. Von größerer praktischer Bedeutung ist l. 3 C. de acq. et ret. poss. 7, 32. Imp. Decius. Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. quamvis enim sunt auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Savigny a. a. O. unterstellt, daß die auctoritas tutoris dem Kinde in dem vom Kaiser entschiedenen Falle zur Seite stand. So schon früher Donellus, comm. jur. civ. V. cap. 11 und neuerdings Vangerow a. a. O. Wie ist es aber denkbar, daß der Kaiser gerade das Moment nicht hervorheben sollte, auf welchem das entscheidende Gewicht läge! Puchta dagegen a. a. O. nimmt an, daß das Kind durch die Tradition Besitz erwerbe, weil in solchem Falle durch den Tradenten wie sonst durch den Tutor der unvollständige animus des Kindes seine feste Richtung erhalte. Im wesentlichen stimmen wir Puchta bei. Weiter geht Hölder, Pand. § 39 Anm. 2.

9) l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2.

1) Schloßmann, der Besitzerwerb durch Dritte 1881. Diese Abhandlung gelangt

Digitized by Google

kulium eingeräumt, so erlangte er den Besitz an den Pekuliarsachen, auch wenn er von deren Erwerb im einzelnen nicht wußte.[3]

2. Besitzerwerb durch Gewaltfreie kam erst in der klassischen Kaiserzeit zur Anerkennung.[4]

Zunächst ließ man Besitzerwerb durch Prokuratoren zu.[5] Diese Prokuratoren waren zum großen Theile Freigelassene; die Zulassung des Besitzerwerbes durch sie war daher häufig thatsächlich nur die Fortsetzung des vor der Freilassung bestehenden Verhältnisses.[6] Doch reichte es nicht aus, daß man sich unter dem Namen und Titel eines Prokurators dem Hause eines Herrn attachirt hatte. Vielmehr mußte entweder Mandat oder Genehmigung des Geschäftsherrn hinzukommen. Das Mandat konnte ein generelles sein. Der Geschäftsherr erwarb den Besitz durch seinen Prokurator also auch ohne specielle Kenntniß der Besitzergreifung.[7] Wer die Stellung eines Prokurators habe, mußte, da es sich um ein flüssiges sociales Verhältniß handelte, oft zweifelhaft sein. Dies veranlaßte wohl, Besitzerwerb durch freie Personen schlechthin anzuerkennen, auch wenn sie nicht Prokuratoren des Auftraggebers waren. In der späteren klassischen Kaiserzeit ist diese Ent-

---

zwar zu anfechtbaren Resultaten, hat aber durch ihre anregende und selbständige Auffassung die Lehre wesentlich gefördert. Schlechthin negirend gegen Schloßmann ist Mitteis, Stellvertretung 1885 S. 51 ff. Vgl. auch Kniep a. a. O. S. 210, Lenel in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 42 ff.

2) Gaj. Inst. II §§ 89, 90. Bestritten war, ob der Gewalthaber durch Personen Besitz erwerben könne, die in seiner manus oder in seinem mancipium waren, weil man diese Personen selbst nicht besitze. Ob aus dem gleichen Grunde jemals auch der Besitzerwerb durch Hauskinder in Frage gestellt wurde, darüber wird nichts berichtet.

3) l. 1 § 5, l. 3 § 12, l. 44 § 1 D. h. t. 41, 2. Hiervon abgesehen, erwarb der Herr durch die Hausuntergebenen Besitz nur im Falle seiner Kenntniß.

4) Oben § 118 Anm. 10.

5) Ueber den Begriff der Prokuratoren vgl. § 119 Anm. 13.

6) Schloßmann a. a. O. S. 161.

7) l. 13 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Neratius libro 6 regularum. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti, l. 42 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2. Ulpianus libro 4 regularum. Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus ille adquirit possessionem: quodsi sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem, vgl. l. 23 D. de neg. gest. 3, 5, Paulus sent. V. 2 § 2. Offenbar ist hier die Rede von einem Prokurator im weiteren, d. h. im bloß socialen Sinne. Er erwirbt dem Herrn, dem er sich attachirt hat, Besitz nur auf Grund des Mandates oder der Genehmigung. Dieses Mandat kann ein generelles wie ein specielles sein. Daß die Juristen, wo sie bloß von einem generellen Mandat sprechen, sich meist etwas anders ausdrücken — vgl. Schloßmann a. a. O. S. 112 —, beweist hiergegen sicherlich nichts. Die Beanstandung der Stelle von Neratius durch Schloßmann S. 135 beruht auf vorgefaßten Meinungen. Es mag übrigens hervorgehoben werden, daß man auch im Fall eines Specialmandates dann „ignorans“ Besitz erwirbt, wenn man von der Ausführung des Mandates noch keine Kenntniß hat.

Digitized by Google

wickelung vollendet.[8] Hiermit kam man dringenden praktischen Bedürfnissen entgegen.

3. Der Stellvertreter kann beim Besitzerwerbe wie bei anderem Erwerbe in zwiefacher Art für den Geschäftsherrn handeln. Er kann ihm entweder den Besitz direkt erwerben oder sich selbst zum Besitzer machen in der Absicht, demselben die Sache nachher zu übertragen.[9] Darüber, welche Behandlungsweise eintritt, entscheidet die Absicht des Stellvertreters. Zwar wird der Stellvertreter nicht leicht eine ausdrückliche Erklärung abgeben, ob er direkt in fremdem Namen oder zunächst in eigenem erwerben will. Ja es kann an einem klaren Bewußtsein hierüber bei ihm selbst fehlen. Aber die Umstände geben meist genügenden Aufschluß.

Hat der Stellvertreter in eigenem Namen das der Besitzübergabe zu Grunde liegende Geschäft abgeschlossen und sich persönlich dem Mitkontrahenten für die Gegenleistung verpflichtet, so wird er gewöhnlich den Besitz zunächst für sich erwerben wollen und ihn auf den Geschäftsherrn erst übertragen, wenn dieser ihm Deckung für die übernommenen Verpflichtungen gewährt oder ihn befreit. Dies war in Rom bei Erwerbsgeschäften, welche Stellvertreter für ihre Auftraggeber abschlossen, das Uebliche.[10] Heutzutage ist diese Art des Ge-

8) l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Severus et Antoninus. Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et. postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est. (a. 196), l. 53 D. de a. r. d. 41, 1, Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium . . . per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.

9) Im ersteren Falle wird der Geschäftsherr in der Regel unmittelbar mit dem Besitzerwerb durch den Stellvertreter Eigenthümer der von diesem apprehendirten Sache, im zweiten wird der Stellvertreter deren Eigenthümer und hat sie dem Vertretenen zu übereignen.

10) Folgende Stellen ergeben, daß die römischen Juristen regelmäßig Besitzerwerb des Stellvertreters für sich selbst annahmen, wenn er sich auf Grund eines von ihm selbst abgeschlossenen Geschäftes tradiren ließ, l. 59 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Callistratus libro 2 quaestionum. Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit. l. 74 D. pro socio 17, 2. Paulus libro 62 ad edictum. Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune: sed societatis judicio cogitur rem communicare, l. 2 C. de his qui a non domino 7, 10 Alexander: Felicissima, quam mandante te servos emisse dicis, si dominium servi quem manumisit, nondum ad te transtulerat, frustra petis, ut denegata libertate ejus quem manumissum dicis possessio tibi tradatur. Vgl. ferner die bei Schloßmann S. 4 ff. citirten Stellen. Dagegen heißt es in der l. 20 § 2 D. de a. r. d. 41, 1 Ulpianus libro 29 ad Sabinum. Si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. Schloßmann hat den hier hervorgehobenen Gesichtspunkt nicht gewürdigt. Er findet daher einen kaum lösbaren Widerspruch in den Quellen. Der Versuch, ihn dadurch zu beseitigen, daß auch im jüngsten römischen Rechte Besitzerwerb durch freie Stellvertreter unzulässig

Digitized by Google

schäftsschlusses seltener, kommt aber gleichwohl vor, z. B. bei der Einkaufskommission.

Wer dagegen die Sache im Auftrag eines Anderen auf Grund eines in dessen Person bestehenden oder zu begründenden Geschäfts oder sonstigen Verhältnisses erlangt hat, erwirbt diesem Besitz und Eigenthum unmittelbar.[11] Dies auch dann, wenn ihm die Sache von ihrem bisherigen Besitzer übergeben wird, ohne daß er dem Tradenten gegenüber als Vertreter handelt.[12]

4. Der Besitzerwerb durch Stellvertreter setzt voraus:

a) daß der Stellvertreter die Sache in seine Gewalt bringt;[14]

b) die Absicht des Stellvertreters, hierdurch den Besitz für den Geschäftsherrn zu erwerben.

Diese Absicht ist anzunehmen, wenn der Stellvertreter eine ihm für seinen Principal übergebene Sache vorbehaltslos annimmt, auch wenn er denkt, aber nicht erklärt, daß er die Sache für sich oder einen Dritten erwerben wolle. Dergleichen innere Vorbehalte berücksichtigt das Recht nicht. Der Principal hat also den Besitz durch die Uebergabe erworben und ist damit in der Regel Eigenthümer geworden. Eignet sich der Vertreter die Sache gleichwohl an, so erwirbt er zwar den Besitz durch Unterschlagung, das Eigenthumsrecht des Vertretenen wird aber hierdurch nicht berührt.[15]

---

gewesen sei und daß eine Ausnahme nur für den procurator omnium bonorum gegolten habe, steht in schroffem Gegensatze mit den Quellen. Vgl. Mitteis, Stellvertretung S. 52 und vor allem Lenel a. a. O. S. 57 ff.

11) Lenel a. a. O. S. 57.

12) Vgl. R.G. Bd. 30 S. 142 und dort Angeführte. Gegen die Entscheidung Lenel a. a. O. S. 79.

13) Siehe ferner Lenel a. a. O. S. 90 ff. Nach B.G.B. ist zu unterscheiden, ob der Stellvertreter in einem äußerlich erkennbaren Abhängigkeitsverhältniß steht, dann wird er bloßer Inhaber, der Vertretene allein Besitzer — § 855 — oder ob dies nicht der Fall ist, dann wird der Stellvertreter unmittelbarer, der Vertretene mittelbarer Besitzer. § 868. Vgl. oben § 174 Anm. 6.

14) Der Stellvertreter kann den physischen Besitz wiederum durch einen Anderen haben. Kein Zweifel ist, daß ich besitze, wenn ich meinem Mandatar aufgebe, ein bestimmtes Pferd für mich zu kaufen und dieser es durch seinen Stallknecht abholen läßt, ohne Rücksicht darauf, ob der Stallknecht weiß, daß sein Herr den Besitz des Pferdes für mich erwerben will.

15) In den Quellen findet sich ein Widerspruch. Die l. 37 § 6 D. de a. r. d. 41, 1 von Julianus libro 44 digestorum leugnet den Besitzerwerb des Geschäftsherrn. Si, cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Dagegen sagt Ulpianus libro 7 disputationum l. 13 D. de donat. 39, 5, offenbar die Aeußerung von Julian vor sich habend: Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret. et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel

Digitized by Google

c) Es ist endlich nothwendig, daß der Geschäftsherr den Willen hat, durch den Stellvertreter zu erwerben. Dieser Wille kann der Besitzergreifung als Auftrag vorhergehen oder derselben als Genehmigung nachfolgen.

Richtiger Ansicht nach genügt ein genereller Auftrag.[16] Derselbe liegt namentlich darin, daß man den Stellvertreter zur Verwaltung seines Vermögens oder eines Geschäftszweiges anstellt. Man erklärt hierdurch sein Einverständniß zu jedem Besitzerwerb, welcher bei einer derartigen Verwaltung vorkommt.

§ 181. Besitzübertragung durch Erklärung.

1. Der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter war kaum anerkannt, als der scharfe Geist von Celsus daraus die Folge zog, daß sich eine Besitzübertragung schon durch den beiderseitig erklärten Willen vollzieht, wonach der bisherige Besitzer fortan für den andern Theil besitzt.[1 2]

---

mihi et socio adquirat: mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. Der Widerspruch scheint uns offen zu Tage zu liegen und ist bei einer Frage, wie die hier behandelte, wohl erklärlich. Indessen sind die Meinungen sehr getheilt und die Versuche, einen Einklang herzustellen, zahlreich. Siehe die Litteratur bei Windscheid Bd. 1 § 155 Anm. 7, ferner Schloßmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 434 Anm. 3. Die neuesten Arbeiten über die Frage sind von Schloßmann a. a. O. S. 429 ff. und von Zoll ebendaselbst Bd. 9 S. 37. Vgl. noch R.G. in Strafs. Bd. 26 S. 389, Lenel a. a. O. S. 63 ff.

16) So auch R.G. Bd. 19 S. 248. Daß genereller Auftrag genügt, hat namentlich J. Bremer in Lindes Zeitschrift, neue Folge Bd. 11 n. 7 ausgeführt, und gegen Schirmer ebendaselbst Bd. 14 n. 3 und Bd. 17 n. 8 dargethan. So auch Arndts § 140 Anm. 2, Windscheid § 155 Anm. 9, Zimmermann, die stellvertretende neg. gestio, dagegen aber Brinz Bd. 1 S. 519 ff. Schloßmann glaubt von Entscheidungen der Quellen, wie die oben Anm. 7 angeführten, absehen zu dürfen. Er kommt zu dem Resultate, daß der Besitz, welchen man für einen Dritten ergreife, diesem auch ohne Mandat und Genehmigung von Rechtswegen erworben sei. Nur das Ausschlagen des Besitzes soll dem Destinatär verstattet sein. Dies Ergebniß ist den Quellen ebenso entgegen wie der Praxis.

1) Celsus libro 23 digestorum, l. 18 pr. D. h. t. 41, 2. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis. sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cujus nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1 von Ulpian.

2) P. Verloren, het constitutum possessorium in het Romeinsche recht, Utrecht 1867; Ruhstrat, über das constitutum possessorium in Jherings Jahrb. Bd. 14 n. 7; die Gutachten von Exner, Behrend, Leonhard in den Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages — 1880 — Bd. 1 und die Verhandlung hierüber Bd. 2 S. 84 ff.; Leonhard in Gruchots Beiträgen Bd. 25 S. 514; Harburger, das c. possess. 1881; Biermann, das c. possess. Berl. Inaug.Diss. 1885; Hirzel, das const. poss. Züricher In.Diss. 1893. Vgl. ferner Jhering, Besitzwille S. 210, Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 31 S. 34.

Digitized by Google

Die Erklärung ersetzt die körperliche Uebertragung der Sache auf den Erwerber und deren Rückübertragung auf den bisherigen Besitzer zur Aufbewahrung und erspart so Mühe, Zeit und Geld. Da sich dieser Vorgang durch einen bloßen Beschluß — constituere — vollzieht, so pflegt man ihn constitutum possessorium zu nennen.[3]

In der Regel geht die Absicht und der Effekt außer auf die Besitzübertragung zugleich auf die Uebereignung der Sache.

Zu Grunde liegt meist ein Doppelgeschäft, nämlich einmal ein Uebereignungsgeschäft, z. B. Verkauf oder Schenkung, und zweitens ein sekundäres Geschäft, welches die weitere Innehabung des Tradenten rechtfertigt, z. B. Vorbehalt des Nießbrauchs oder einer Miethe oder Vereinbarung eines Mandates oder eines Depositums.[4] Nicht richtig aber ist die Behauptung vieler neuerer Schriftsteller, daß die Hervorhebung oder gar die Gültigkeit beider Geschäfte Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Besitzübergangs durch constitutum possessorium sei.[5] Vielmehr genügt der beiderseitige Wille, um den andern Theil zum Besitzer zu machen. Dieser Wille muß natürlich subjektiv einen Grund haben, aber dieser Grund braucht nicht nachgewiesen zu werden; es ist auch nicht nöthig, daß er rechtsgültig sei, es handele sich denn um verbotene, vom Recht schlechthin zu ignorirende Zwecke.[6][7][8]

---

3) Ueber die Entstehung des Namens siehe Biermann traditio ficta S. 51. Die mittelalterliche Jurisprudenz forderte die solenne Erklärung: constituo me possidere nomine alieno. Das constitutum possessorium galt den älteren Schriftstellern als eine Abart der „ficta traditio", vgl. oben § 178 am Ende.

4) Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1, wo eine „Pacht", l. 28, l. 35 § 5 C. de donat. 8, 53, wo ein „Nießbrauch" vorbehalten wird. Da der Wille, in fremdem Namen zu besitzen, hier aus dem abgeschlossenen Geschäfte folgt, so spricht man in derartigen Fällen von einem „stillschweigenden" Konstitutum.

5) Sog. „causa detentionis". Exner, Tradition S. 143 führt aus, die Erklärung in fremdem Namen zu besitzen, „sei leere Formel, wenn nicht eine bestimmte causa vorliege, auf Grund deren die Detention der tradirten Sache beim Geber zurückbleibe". Vgl. gegen Exner vorzugsweise Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 327, Biermann trad. ficta S. 371, siehe auch Kroschel const. poss. im Archiv für civ. Praxis Bd. 72 n. 7; Windscheid Bd. 1 § 155 Anm. 6b in den letzten Auflagen; Goldschmidt Studien, S. 14; R.G. Bd. 19 S. 239, anders Bd. 5 S. 182. — Die Gegenansicht schien empfehlenswerth, weil sie den Zweck verfolgte, Simulationen entgegenzutreten. In der That dient sie diesem Zwecke aber nicht. Denn wer simulirten Besitzübergang plant, dem ist es ein leichtes, außerdem ein Geschäft zu simuliren, z. B. Miethe, welches der Rückhaltung der durch Erklärung übergebenen Sache zur Rechtfertigung dient.

6) Häufig behauptet man — so auch unsere erste Auflage — daß in der Erklärung, man tradire oder übereigne eine Sache, ein constitutum possessorium nicht liege. Man beruft sich hierfür auf die l. 48 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Es ist dies jedoch viel zu allgemein. Die Fälle liegen sehr verschieden. Erklärt man z. B. ein Grundstück zu tradiren, so ist darin in der Regel nicht zugleich die Erklärung zu finden, daß man es fortan als Vertreter für den anderen Theil besitze; so l. 48 cit. Wer aber z. B. Staatspapiere verkauft und dem Käufer ohne sie zu überschicken,

Digitized by Google

Das constitutum possessorium ist für den Verkehr kaum entbehrlich. Einige Beispiele sollen dies zur Anschauung bringen. Man kauft ein Pferd; sofortige Zahlung des Preises ist Bedingung des Handels; man will sie aber nur leisten, wenn man dessen Besitz und Eigenthum gleichzeitig erlangt, und kann doch das Pferd wegen längerer Abwesenheit derzeit nicht abnehmen. Der Pferdehändler verbindet sich daher, es in der Zwischenzeit zu verpflegen, tradirt es aber sofort durch constitutum possessorium. Ein Gelehrter ferner verkauft seine Bücherſammlung an eine öffentliche Bibliothek gegen sofortige Zahlung, ohne sich des Gebrauches entschlagen zu wollen. Er übereignet die Bücher gegen die Zahlung und behält den lebenslänglichen Nießbrauch. Eine Bank endlich, welche die Geschäfte ihrer Kunden besorgt und deren Werthpapiere verwahrt, kauft für ihre Klienten Papiere als Einkaufskommissionär ein und theilt ihnen unter Angabe der Nummern mit, daß sie die Papiere für sie in Depot genommen habe. Sie überträgt hiermit Besitz und Eigenthum an den Geschäftsfreund und hat für ihn die Gewahrsam.[9]

Häufig verfolgt freilich ein wirkliches oder vorgebliches constitutum possessorium unlautere Zwecke. Es soll namentlich oft dazu dienen, dem Gläubiger den Zugriff auf die Habe seines Schuldners zu entziehen, indem diese der Schuldner in simulirter Weise veräußert und sich durch scheinbares constitutum possessorium den Gebrauch als Miether zu sichern sucht. Die freie Beweiswürdigung, welche der jetzige Civilprozeß gewährt, ermöglicht dem Richter, auf Anrufen der Betheiligten

---

schreibt, sie seien ihm übergeben, der besitzt sie fortan offenbar für den Käufer durch const. possessorium. Vgl. Bähr, Urtheile des R.G. S. 54.

7) Dagegen B.G.B. § 930: „Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt." — D. b. Gesetzbuch für Japan, übersetzt von Loenholm, § 183 freilich sagt: Wenn Jemand erklärt, daß er die von ihm besessene Sache von nun an als Vertreter eines Anderen besitzen wolle, so erwirbt der Vertretene dadurch das Besitzrecht an der Sache.

8) Wenn der bisherige Besitzer durch einen Stellvertreter besaß, so erheben sich bezüglich des c. p. zwei Fragen: a) Kann der Besitzer den Besitz auch in diesem Fall durch c. p. übertragen? Es ergiebt sich dies folgerecht aus dem oben in § 180 Anm. 14 Ausgeführten. Dieser Ansicht ist auch R.G. Bd. 11 S. 53; dagegen erklärt sich Bähr a. a. O. Bd. 26 S. 331. b) Kann der Stellvertreter durch c. p. ohne Willen und Wissen dessen, für den er besitzt, einem Dritten Besitz übertragen? Dies hat R.G. Bd. 19 S. 239 bejaht. Ich halte es für unzulässig, vgl. oben § 179. Es steht im Widerspruch mit den Quellen und würde den Besitz an Objekten, welche wir durch einen Vertreter inne haben, äußerst prekär machen. Dagegen auch Biermann traditio ficta S. 401.

9) Vgl. auch § 7 des R.Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896 (Depotgesetz).

Digitized by Google

solchen Dingen energisch entgegenzutreten. Es war aber nicht gerechtfertigt und nicht erforderlich, wegen solcher Mißbräuche dem constitutum possessorium in künstlicher Weise Schranken zu ziehen, wie dies freilich das Bürgerliche Gesetzbuch gethan hat.[10]

2. Ein Gegenstück des constitutum possessorium ist die traditio brevi manu. Hierbei überträgt der bisherige Besitzer dem bisherigen Vertreter, z. B. seinem Pächter, den Besitz und in der Regel auch das Eigenthum durch seine Erklärung. Auf Grund dieser Ermächtigung und in Folge seines Entschlusses wird der bisherige Stellvertreter juristischer Besitzer.[11]

§ 182. Besitzverlust.

Während die Begründung des Besitzes Wille und Apprehension fordert, tritt die Endigung ein, wenn der Wille oder die reale Gewalt aufgehoben wird.[1] In der Regel ist ein positives Ereigniß — in contrarium actum.[2] — erfordert. Die Endigungsgründe sind folgende:

1. Aufhebung der Gewalt über die Sache. Sie liegt nicht in bloß zeitweiser Störung des Verhältnisses,[3] sondern nur in dauernder Entziehung.

Der Besitz besteht daher fort, wenn die Sache bloß verlegt ist oder an drittem Orte, z. B. in einem öffentlichen Parke, vergessen liegen blieb;[4] er erlischt aber, wenn die Sache derart verloren ist, daß das Wiederfinden nicht in Aussicht steht;[5] der Besitz erhält sich, wenn sich zahmes Vieh verlaufen hat; er geht unter, wenn es sich dauernd verirrt und verwildert.[6] Nimmt jemand ein Objekt, z. B. ein Buch, eigen-

10) Vgl. Anm. 7.

11) l. 9 § 5 D. de a. r. d. 41, 1, l. 62 pr. D. de evict. 21, 2, l. 9 § 9 D. de reb. cred. 12, 1, l. 9 § 2 D. de Publiciana a. 6, 2. Ebenso B.G.B. § 929 letzter Satz.

1) B.G.B. § 856 Abs. 1 bestimmt: „Der Besitz wird dadurch beendet, daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert."

2) Vgl. l. 153 D. de R. J. 50, 17, unten Anm. 10.

3) Ebenso B.G.B. § 856 Abs. 2.

4) l. 3 § 13, l. 44 pr. D. h. t. 41, 2.

5) Vgl. l. 13 pr. D. h. t. Ulpianus libro 72 ad edictum. Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. — Cum grano salis zu nehmen ist der Ausspruch von Pomponius libro 23 ad Quintum Mucium l. 25 pr. D. h. t. 41, 2: Si id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

6) So ist zu verstehen l. 3 § 13 D. h. t. 41, 2 pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. Der Besitz wilder Thiere geht mit ihrer Flucht

Digitized by Google

mächtig aus unserem Gewahrsam in der Absicht, es nach dem Gebrauche, z. B. der Lektüre, zurückzubringen, so erhält sich unser Besitz; er endigt an Mobilien, wenn sie gestohlen werden,[7] an Grundstücken, wenn ein Anderer an ihnen einen festen Besitzstand erlangt hat.[8]

Der Besitz an Sachen, die nicht in unserem Gewahrsam sind, insbesondere an offenen Grundstücken, kann auch ohne eine Entziehung durch Dritte in Folge fortgesetzter Vernachlässigung aufhören, so daß ein bestimmter Zeitpunkt seines Endes kaum zu bestimmen ist.[9]

2. Der Besitz endigt durch den Entäußerungswillen des Besitzers. Seine Erklärung kann durch Wort oder That geschehen.[10] Der Besitz geht nicht dadurch verloren, daß man sich seiner nicht erinnert.

Der Entäußerungswille kann gültig nur von Willensfähigen gefaßt

---

unter. l. 5 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Hierüber das Nähere beim Eigenthumsrecht, unten § 223.

7) l. 15 D. h. t. 41, 2.

8) Vgl. oben § 178 Anm. 11.

9) l. 40 § 1, l. 47 D. h. t. 41, 2, l. 37 § 1 D. de usurp. 41, 3. Auf diesen Grund des Verlustes hat namentlich Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 210 ff. aufmerksam gemacht. Man streitet, ob die Endigung in Folge Vernachlässigung „animo“ oder „corpore“ geschehe. Das Letztere ist richtig. Es ist denkbar, daß der in Amerika hausende Besitzer, welcher wegen eines Vergehens aus der Heimath floh, sich des Ackers, den er in Europa zurückließ, sehr wohl erinnert und Besitzwillen hat. Dennoch erlischt sein Besitz, wenn er lange Zeit nicht in der Lage ist, sich um sein Grundstück zu kümmern. Anders Kniep a. a. O. S. 22, Goldschmidt, Studien S. 26.

10) Nur auf die freiwillige Besitzentäußerung bezieht sich nach ihrem Zusammenhange — so Kniep, vacua possessio, S. 135 — die famose Aeußerung von Paulus libro 65 ad edictum in l. 153 D. de R. J. 50, 17. sowie in l. 8 D. h. t. Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamus, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est, vgl. auch l. 46 D. h. t. 41, 2. Viele — insbesondere Savigny § 30 — lassen Paulus hier sagen, daß der Besitz durch das eine oder das andere verloren geht. Doch unmöglich kann dies hier „utrumque“ bedeuten. Wo bliebe dann der Parallelismus zwischen Erwerb und Verlust, auf welchen Paulus Gewicht legt. Nein, Paulus verlangt hier beides zusammen; der bloße Wille genügt ihm zum Verlust nicht; es muß die physische Herrschaft gleichfalls aufgehoben sein. Gleichwohl soll nach anderen Aussprüchen der Wille der Derelikttion zum Verlust ausreichen l. 44 § 2 D. h. t. Papinianus libro 23 questionum . . . ejus quidem quod corpore teneremus possessionem amitti vel animo vel etiam corpore und insbesondere l. 3 § 6 D. eod. Paulus libro 54 ad edictum . . . igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest. Wie erklärt sich der Widerspruch. Ich schließe mich Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 340 an. Paulus wiederholt in l. 8 D. h. t. eine altherkömmliche Rechtsregel, wonach zum Besitzentäußerungswillen thatsächliche Besitzaufgabe hinzukommen mußte. Diese Regel konnte man festhalten, weil es das Nächstliegende und Normale ist, daß wer den Besitz an einer Sache aufgeben will, sich auch der körperlichen Herrschaft über sie durch eine Thathandlung entschlägt, z. B. sie wegwirft. Aber der praktische Sinn der Römer ließ sie jene Regel später doch nicht allgemein festhalten. Darnach erkannte man — mehr ausnahmsweise — Besitzverlust auch an, wenn der Besitzentäußerungswille in anderer Weise fraglos dokumentirt ist. Anders Kierulff S. 390 und unsere drei ersten Auflagen.

Digitized by Google

und erklärt werden. Geisteskranke und Kinder sind daher hierzu nicht im Stande.[11] Vertreter willensunfähiger Personen können aber durch ihren Willen an deren Statt den Besitz aufgeben.

Der Besitzentäußerungswille kann ein bedingter sein. Eine derartige Bedingung liegt in der Ermächtigung des Verkäufers an den Käufer, sich in den Besitz der Kaufsache zu setzen. Denn der Tradent will hier den Besitz erst aufgeben, wenn der Käufer in den Besitz kommt. Geschieht dies nicht, so bleibt der Tradent Besitzer. Anders ist es bei der Uebergabe durch Aushändigung der Sache. Hier giebt der Tradent durch Wille und That den Besitz endgültig auf. Der Verlust des Besitzes ist daher auch eingetreten, wenn ihn der andere Theil nicht erwerben sollte.[12]

3. Der Besitz erlischt ferner durch den Tod des Besitzers. Der Erbe bedarf einer neuen Besitznahme.[13] [14] Die Ersitzung läuft indeß

---

11) l. 29 D. h. t. 41, 2. In der l. 27 D. eod. sagt Proculus libro 5 epistularum sogar: Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere. Dies erklärt sich daraus, daß man den Besitz von Grundstücken durch Okkupation Dritter erst verliert, wenn man von derselben Kenntniß hat und sie nicht zu beseitigen weiß. Da aber der Vormund den Willensunfähigen repräsentirt, so ist nach heutigem weiter entwickelten Rechte anzunehmen, daß der Besitz am Grundstück endet, wenn der Vormund den Weggang erfahren hat und die Okkupation nicht beseitigt.

12) Die l. 18 § 1 D. h. t. und die l. 34 D. eod. gelten als Antinomien, jedoch ohne Grund. Von der Tradition durch Einhändigung der Sache handelt l. 18 § 1 D. h. t. Celsus libro 23 Digestorum. Si furioso, quem suae mentis esse existimas, — eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus — rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas, illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere quia existimat se transferre. Ganz anders Ulpianus libro 7 disputationum l. 34 D. eod. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus . . . sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. So auch Papinian in der l. 18 pr. D. de vi 43, 16. Wer dem Käufer die Ermächtigung zur Besitznahme giebt, will den Besitz nicht unbedingt und sofort aufgeben. Er erklärt vielmehr, sich desselben dann zu entäußern, wenn der Käufer sich in den Besitz setzen wird. Der Zweifel im Falle Ulpians knüpfte sich daran, daß der Käufer in das Grundstück, zu dessen Besitznahme er ermächtigt war, in der That einging, wenn auch aus Irrthum. Dies hält Ulpian mit Recht für bedeutungslos. Denn der in der Ermächtigung liegende Besitzentäußerungswille ist bedingt durch die Besitzergreifung des Ermächtigten, nicht durch dessen zufälliges Hineingehen in das Grundstück. Dieser Erklärung, die bereits in meinem Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 155 Anm. 12 angedeutet ist, steht nahe die von Kohler im Archiv für civ. Praxis Bd. 69 S. 186 ff. Dort sowie bei Randa, Besitz § 22 Anm. 9 siehe abweichende Ansichten, vgl. auch Schmidt, z. L. v. d. Wirkung der Rechtsgeschäfte 1888 S. 3, Pininski a. a. O. Bd. 2 S. 42 ff., Hirsch a. a. O. S. 238 ff.

13) Anders B.G.B. § 857: „Der Besitz geht auf den Erben über".

Digitized by Google

gleichwohl nach dem Tode des Ersitzenden weiter, so lange sich nicht etwa Dritte in den Besitz setzten.[15]

4. Die Aufhebung der Verkehrsfähigkeit der besessenen Sache[16] beendigt den Besitz wie deren Untergang.[17] Bloße Veränderung der Sache ist kein Endigungsgrund.

§ 183. Verlust im Falle der Stellvertretung.

1. Der Wille des Besitzers, sein Tod,[1] der Sachuntergang endigen seinen Besitz, auch wenn die Sachen für ihn in der Gewahrsam Dritter sind.

2. Wird der Besitzer verdrängt, so erhält sich sein Besitz gleichwohl, so lange seine Repräsentanten noch für ihn besitzen.[2]

3. Viele Neuere lehren, der Verlust der Gewahrsam durch den Vertreter ziehe den Untergang des Besitzes des Vertretenen nothwendig nach sich.[3] Dieser Meinung scheinen auch ältere römische Juristen gewesen zu sein; später kam aber in Rom eine richtigere Auffassung zur Geltung. Hiernach hat der Verlust der Gewahrsam des Stellvertreters den Untergang des Besitzes des Vertretenen nur dann zur Folge, wenn diesem hiermit die Einwirkung auf die Sache verschlossen wird.

Daher erhält sich der Besitz des Vertretenen, wenn sein Vertreter, z. B. der Pächter, stirbt oder geisteskrank wird oder die Detention aufgiebt, z. B. vom Pachtgute abzieht.[4] Im Falle der Vertreibung des

---

14) l. 23 pr. D. h. t. 41. 2. Javolenus libro 1 epistularum. Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet, l. 30 § 5 D. eod. Vgl. Cosack, der Besitz des Erben, Weimar 1877 und die ausführliche Darstellung bei Tartufari a. a. O. Bd. 1 S. 398.

15) l. 30 pr. D. ex quibus causis maj. 4, 6. Paulus libro 12 ad edictum „quia possessio defuncti quasi injuncta descendit ad heredem".

16) l. 30 § 1 D. h. t. 41, 2.

17) l. 30 § 4 D. h. t. 41, 2.

1) l. 30 § 5 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum. Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus: apisci non possumus.

2) l. 1 § 45 D. de vi 43, 16, si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit . . . per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt. Vgl. l. 40 pr. D. h. t. 41, 2.

3) So z. B. Windscheid § 157. Nach ihm giebt es jedoch von dieser Regel „positive Ausnahmen". Die richtige Ansicht vertritt u. a. Kierulff S. 397. Vgl. unten Anm. 5.

4) Andere Anschauungen äußert Africanus libro 7 quaestionum l. 40 § 1 D. h. t. 41, 2. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset! Propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur. Quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit; aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Aehnlich spricht sich Pomponius in l. 25 § 1, l. 31

Digitized by Google

Inhabers ist zu unterscheiden, ob sich die Gewalt nur gegen ihn selbst richtet, weil z. B. der Pächter persönlich den Dorfgenossen verhaßt war, oder ob dem Pächter durch die Vertreibung seiner Vertreter die Einwirkung auf die Sache dauernd entzogen werden sollte. Nur in dem letzteren Falle tritt Besitzverlust ein.

Okkupirt ein Dritter ein Grundstück, welches ein Vertreter für uns innehat, in dessen Abwesenheit, so wird er Besitzer, sofern der Vertreter die Okkupation erfährt und duldet oder bei dem Versuche der Wiedererlangung scheitert; die Kenntniß des Vertretenen ist zum Besitzverlust nicht erforderlich.[5] Verräth aber der Stellvertreter den Besitz arglistig oder nachlässigerweise an einen Dritten, so erhält sich der Besitz des Vertretenen.[6] Der Dritte erlangt daher erst den Besitz, wenn der

D. eod. aus. Dagegen findet schon Proculus libro 2 epistularum l. 31 D. de dolo 4, 3: Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, und Paulus libro 54 ad edictum l. 3 § 8 D. h. t. 41, 2 entscheidet: si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet. quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.

5) l. 1 § 22 D. de vi 43, 16, l. 44 § 2 D. h. t. 41, 2. Der Satz rechtfertigt sich leicht. Eindringen in ein Grundstück in Abwesenheit des Besitzers giebt noch keinen Besitz. Das Verhältniß des Okkupanten erscheint noch nicht als befestigt; denn der bisherige Besitzer wird den Eindringling sehr oft bei seiner Rückkehr wieder verdrängen. Dagegen ist die Stellung des Okkupanten weit mehr konsolidirt, wenn der Stellvertreter, welcher bisher die Gewahrsam hatte, sich der Okkupation gefügt oder den Versuch, den Eindringling zu verdrängen, vergeblich gemacht hat. In solchem Fall ist der Besitz durch die Okkupation erworben. Windscheid findet hier die Bestätigung seiner Auffassung, „daß der Vertretene die thatsächliche Gewalt nur durch den Vertreter habe", um deswillen müsse er den Besitz verlieren, wenn dieser die Gewalt verliere. Es handelt sich aber um Thatfragen, nicht um einen abstrakten Rechtssatz.

6) l. 12 pr. C. de adq. et ret. poss. 7, 32 Justinianus. Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Die Tragweite dieser Decision Justinians ist bestritten. Manche finden in ihr nur die Entscheidung, daß sich der Besitz des Vertretenen erhalte, wenn sein Vertreter abziehe, nicht aber daß er fortdauere, wenn sich ein Dritter in Folge dessen in den Besitz der Sache thatsächlich setze. So namentlich Vangerow Bd. 1 § 209. Denn nur über den Fall des Verlassenseins der Sache habe unter den römischen Juristen Streit bestanden, den Justinian entscheide; dagegen sei die Frage niemals streitig gewesen, daß Dritte Besitz erlangten, die sich der Sache unter Zustimmung des Vertreters oder mit dessen Willen bemächtigten. Nach dieser Auffassung wären jedoch die Worte Justinians vel alii prodiderit bedeutungsloser Pleonasmus. Daher treten ihr die meisten Neueren, z. B. Windscheid Bd. 1 § 157, Arndts § 143 Anm. 1 entgegen. Dies mit Recht. Aber unverkennbar verläßt Justinian in gesetzgeberischem Eifer den realen Boden des Besitzes. Er erkennt Besitz an, wo in der That keiner mehr besteht, und läßt Besitz nicht gelten, der in der That vorhanden ist. Eine eigenmächtige Wiedervertreibung des Dritten, welcher durch den Verrath des Stellvertreters in den Besitz

Digitized by Google

bisherige Besitzer den Vorgang erfährt und die Besitzergreifung entweder duldet oder nicht zu beseitigen vermag. Doch genügt es auch, wenn sich der bisherige Besitzer um den Besitz lange Zeit nicht kümmert.[7]

Viertes Kapitel.

Die Besitzklagen.

I. Allgemeines.

§ 184. Wesen der Besitzklagen.

1. Die römischen Besitzklagen zerfallen in drei Arten, nämlich in die interdicta retinendae, recuperandae und apiscendae possessionis.[1]

a) Die i. retinendae possessionis bezwecken Erhaltung des bestehenden Besitzes. Dahin gehört das i. uti possidetis zum Schutze des Besitzes an Immobilien und das i. utrubi zu Gunsten des Besitzes an Mobilien. Im justinianischen Rechte ist das letztere im ersteren aufgegangen. Seit dem Mittelalter nennt man das Rechtsmittel possessorium ordinarium; neben dasselbe trat seitdem das poss. summariissimum.

b) Die interdicta recuperandae possessionis bezwecken Wiedererlangung verlorenen Besitzes. In Rom gehörte hierher vorzugsweise das i. unde vi. An seine Stelle ist in Folge des kanonischen Rechtes die Spolienklage getreten.[2]

c) Mannigfachster Art sind die i. apiscendae possessionis zur

---

kam, durch den Vertretenen ist sicher unzulässig. Dies scheint auch Bruns, Besitzklagen S. 109 ff. anzunehmen. Die Litteratur findet sich bei Windscheid und Arndts a. a. O.

7) B.G.B. läßt die hier besprochenen Fragen offen.

1) Gaj. Inst. IV § 143, § 2 J. de interdictis 4. 15. l. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1. Ueber Besitzklagen vgl. Bruns, die Besitzklagen 1874, Duncker, die Besitzklage und der Besitz 1884, Pflüger, die s. g. Besitzklagen des röm. R. 1890, Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43, 44 Theil 5 1896.

2) Savigny a. a. O. § 42 hat das i. de precario unter die interdicta recuperandae possessionis eingereiht. So auch Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17, Brinz § 184. Mit Recht haben sich Ihering, Besitzschutz S. 96 und Bruns, Besitzklagen S. 180 hiergegen erklärt. Die Römer selbst zählen das i. de precario nie zu den possessorischen Interdikten. Es unterscheidet sich von diesen vor allem wesentlich dadurch, daß die Einrede des Eigenthumes des Beklagten Platz greift, l. 4 § 3 D. de precario 43, 26. Dies ist im Widerspruch mit dem Charakter einer possessorischen Klage. Daß man die Einrede des Eigenthumes formell durch den Satz rechtfertigte, „rei suae precarium non esse", ändert hieran nichts. Die Litteratur über die Frage siehe bei Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17, vgl. auch Pflüger a. a. O. S. 153. Gegen Savigny neuerdings auch Ubbelohde a. a. O. S. 297 mit selbständiger Begründung.

Digitized by Google

Verschaffung eines Besitzes, welchen man bisher nicht hatte. Solche Besitzklagen hat namentlich der Erbe behufs Erlangung der körperlichen Erbschaftssachen. Hierzu dient ihm das interdictum quorum bonorum und die Immission aus äußerlich fehlerfreiem Testamente, sowie das i. quod legatorum behufs Herausgabe legirter Objekte, die der Legatar eigenmächtig in Besitz nahm. Apiscendae possessionis ist ferner das i. Salvianum, mittels dessen der Verpächter den Besitz der vom Pächter auf das Pachtgut gebrachten, ihm verpfändeten Inventarstücke in Anspruch nimmt.

2. Das Gemeinsame der Besitzklagen ist, daß sie die Regelung des Besitzes als solchen zum Ziele haben. Es handelt sich bei ihnen nicht um die Frage des Rechtes, sondern nur um den Besitz.[3] [4]

Der Streit um Besitz und derjenige um Eigenthum sind getrennt. Jeder verfolgt besondere Ziele. Die Besitzesklage darf durch den Streit um das Recht nicht aufgehalten werden.

Daher ist gegenüber der Besitzklage die Einrede, daß der Beklagte Eigenthümer sei, unzulässig.[5]

Wird das Eigenthum des Klägers rechtskräftig anerkannt, so erledigt sich damit die Besitzklage.[6] Wer mit der Besitzklage rechtskräftig unterliegt, ist nicht gehindert, nunmehr sein Recht zum Besitze gerichtlich geltend zu machen.[7] In diesem Sinne begründet die Entscheidung im Besitzprozesse nur ein Provisorium.[8]

---

3) Savigny § 35 bezeichnet als possessorisch nur Klagen, die sich auf Besitz und dessen deliktartige Verletzung stützen. Daher betrachtet er nur die interdicta retinendae und recuperandae possessionis als wahre Besitzklagen. Die interdicta apiscendae possessionis, deren Fundament nicht Besitz ist, hätten, führt er aus, nichts mit den Besitzklagen gemeinsam. Denn daß der Besitz das Ziel der Klage ist, sei nichts den Besitzklagen Eigenthümliches, finde sich vielmehr auch bei vielen petitorischen Klagen. — Diese Behauptungen erhielten weite Verbreitung. Ihering hat sie, Grund des Besitzesschutzes S. 66, gründlich widerlegt. Er sieht übereinstimmend mit der älteren gemeinrechtlichen Doktrin das Charakteristische der Besitzesklage darin, daß es sich bei ihr nur um den Besitz, nicht um das Recht zum Besitz handelt, so daß durch sie nur ein Provisorium geschaffen wird.

4) B.G.B. § 858 ff. giebt die Besitzklage nur im Falle einer Störung oder Entziehung des Besitzes und nur wegen „verbotener Eigenmacht".

5) Auch B.G.B. § 863 läßt gegenüber den Besitzklagen die Geltendmachung eines Rechts zum Besitze nicht zu.

6) Petitorium absorbet possessorium. Vgl. B.G.B. § 864 Abs. 2.

7) l. 14 § 3 D. de exc. rei jud. 44, 2. Paulus libro 70 ad edictum. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

8) Gegen die Auffassung der Besitzklagen als provisorische Rechtsmittel erklärt sich energisch Savigny § 36. In der That geben diese Klagen keine vorläufigen Entscheidungen über eine Frage, die später noch einmal und dann peremtorisch verhandelt werden kann. Sie erledigen vielmehr — abgesehen vom summariissimum — die Besitzfrage endgültig. Nehmen wir jedoch das Verhältniß in seiner Totalität, so

Digitized by Google

II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 185. Das Wesen der besitzerhaltenden Interdikte.

1. Savigny betrachtete die interdicta retinendae possessionis nicht minder wie die Interdikte zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes als Deliktsklagen.[1]

Dafür berief er sich auf das vom Prätor ausgesprochene „vim fieri veto" beim interdictum uti possidetis, sowie darauf, daß sich die Klage aus dem Interdikte auf Gewalt gegen diesen prätorischen Befehl gründete.[2]

Darin lag ein verzeihlicher Irrtum Savignys. Aber heutzutage wissen wir, daß jener Ausspruch des Prätors nur dazu diente, dem Prozesse die Form zu geben, da sich an denselben eine gegenseitige Gewaltansage auf dem Grundstück anschließen mußte, die auch nur Form war.[3] Im Grunde handelte es sich hier ähnlich wie bei der alten vindicatio nur darum, die Gegenansprüche der Parteien in ganz bestimmter Weise zu formuliren und zugleich auf dem Grundstück selbst vor Zeugen — vielleicht auch dem künftigen Richter — augenscheinlich zu machen. An die symbolische Gewalt knüpften sich dann gegenseitige Strafsponsionen. Die Verurtheilung aus ihnen hing davon ab, wer fehlerfreien Besitz in dem in Anspruch genommenen Maße hatte. Den Kern des Verfahrens bildete also die Entscheidung der Besitz-

---

ergiebt sich, daß die Entscheidung, welche nur den Besitz regulirt, hinsichtlich des endlichen Ausganges der Sache etwas Provisorisches und Interimistisches hat.

1) Savigny, Recht des Besitzes § 37 S. 396. Dagegen aber Keller in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 306; Vangerow, Bd. 1 § 336 Anm. 1; Hermann Witte, das interdictum uti possidetis 1863 S. 40; vgl. auch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 196, Ubbelohde bei Glück Buch 43, 44 Th. 2 S. 398; siehe ferner Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 17, Bruns, Besitzklagen S. 49, Saleilles in nouvelle revue hist. de droit français Bd. 16 S. 245 ff.

2) Savigny selbst machte sich freilich den Einwand, daß die i. ret. possessionis auch dazu dienten, die Parteirollen für die Eigenthumsklage festzustellen l. 1 § 3 D. uti poss. 43, 17. Doch dies führte er auf eine Fiktion zu befürchtender Gewalt zurück.

3) Daß es sich bei der gegenseitigen Gewaltansage nur um einen Prozeßakt handelte, um symbolische und keineswegs um natürliche und wilde Gewalt, geht mit voller Bestimmtheit aus Gaj. Inst. IV § 170 hervor, wonach der Prätor gegen denjenigen „secutoria interdicta" gab, welcher cetera ex interdicto non faciat „veluti qui vim non faciat". Die prozessualischen Zwecke der Gewaltansage hat Exner, die imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 8 S. 167 aufgehellt. Es handelte sich dabei übrigens nur um eine Uebertragung dessen, was bei der Vindikation zur Zeit der legis actiones üblich war und den Anfängen der Rechtsbildung zugehört. Vgl. Dernburg, Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes S. 47 ff.

Digitized by Google

frage; alles Andere war Umhüllung oder stand in zweiter Linie.[4][5] Mit einer Deliktsklage hatte diese Besitzklage hiernach nichts gemeinsam.

2. An die Seite des interdictum uti possidetis bezüglich der Immobilien stellte man das interdictum utrubi bezüglich der Mobilien. Beide Rechtsmittel waren verschieden. Das i. uti possidetis schützte Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes.[6] Das i. utrubi schützte den Streitenden, welcher im letzten Jahre länger als der andere Theil besaß.[7] Besitz, welchen man vom anderen Theile vi, clam oder precario hatte, kam bei beiden Interdikten dem Besitzer nicht zu Gute.

3. Die beiden Interdikte wurden von den Römern der Kaiserzeit i. retinendae possessionis genannt. Damit sollte ihr Hauptcharakter bezeichnet werden. Aber sie dienten der Erhaltung des Besitzes keineswegs ausschließlich. Sie hatten vielmehr sehr häufig rekuperatorische Funktion. Beim i. utrubi liegt dies auf der Hand. Hier siegte auch wer den Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes nicht hatte, sofern er nur längeren Besitz als der Gegner im letzten Jahre gehabt hatte. Die eingehende Betrachtung ergiebt, daß das i. uti possidetis nicht minder rekuperatorisch wirken konnte.

4. Seit Diokletian wurden Interdikte in alter Form nicht mehr erlassen. Die Besitzklage wurde unmittelbar auf Grund des Ediktes angestellt.[8]

5. In der christlichen Kaiserzeit setzte man endlich das interdictum utrubi dem i. uti possidetis gleich.[9]

---

4) Gaj. Inst. IV § 166a judex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario possederit. cum judex id exploraverit et forte secundum me judicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat.

5) Während des Prozesses erhielt — nach dem Ergebniß der fructus licitatio — der eine Theil interimistischen Besitz. Wurde der Besitzprozeß zu Gunsten seines Gegners entschieden, so wurde diesem das Cascellianum oder secutorium judicium auf Herausgabe des Besitzes neben den Sponsionsklagen gewährt.

6) Die Formel des interdictum uti possidetis lautete nach l. 1 pr. D. uti possidetis 43. 17: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. Vgl. oben § 171 Anm. 4.

7) Das interdictum utrubi konstruirt Lenel, edictum perpetuum S. 392 folgender Gestalt: Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Vgl. l. un. pr. D. utrubi 43. 31, Gaj. Inst. IV §§ 150, 160.

8) § 8 J. de interdictis 4, 15.

9) l. 1 § 1 D. utrubi 43, 31.

Digitized by Google

§ 186. Die ordentliche Besitzklage.[1]

Seit dem Mittelalter erhielt das i. uti possidetis den Namen des possessorium ordinarium, also der ordentlichen Besitzklage.

Ihr Zweck ist Anerkennung des Besitzes durch den Richter und Verwirklichung der Konsequenzen dieser Anerkennung. Sie betreibt also in erster Linie die Entscheidung der Besitzfrage. Aber sie ist nicht rein präjudiciell. Sie bezweckt auch das Verbot künftiger Störung, sowie Schadensersatz wegen geschehener Störung.[2]

1. Die Grundlage der Klage in ihrer einfachsten Gestalt ist *juristischer Besitz des Klägers zur Zeit der Erhebung der Klage.*[3][4]

Zur Passivlegitimation gehört, daß der Beklagte den Besitz des Klägers wörtlich oder thätlich in Frage gestellt hat.[5] Er beunruhigt ihn wörtlich durch die Behauptung eigenen Besitzes, sowie durch die Drohung der Entsetzung oder Störung; er greift ihn thätlich an durch störende Einwirkung auf die Sache, sowie durch Behinderung des Besitzers in seinem Besitze.[6] Die Störung kann in Handlungen, die eine Fortsetzung fürchten lassen, wie in dem Innehaben von Anlagen auf fremdem Boden liegen.[7] Nicht erfordert ist, daß die Bedrohung oder Störung auf dem Anspruch eigenen Besitzes beruhe,[8] oder daß beim Störer Bewußtsein und Absicht bestehe, fremden Besitz anzutasten.[9]

---

1) Tit. Dig. uti possidetis 43, 17. Vgl. Bruns, der ältere Besitz und das possessorium ordinarium in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 n. 1, sowie Bruns, Besitzklagen S. 1 ff., Bähr a. a. O. S. 242. Die Besitzklage des B.G.B. § 862 ersetzt das possessorium ordinarium des gemeinen Rechts.

2) Es giebt drei Hauptansichten über den Grundcharakter des possessorium. a) Nach Savigny handelt es sich um eine Deliktsklage. Dies ist bereits widerlegt. b) Nach Anderen ist die Klage Präjudicialklage über die Besitzfrage, vgl. l. 1 § 3 D. uti possidetis 43, 17, Jhering, Besitzschutz S. 93. c) Bruns, Besitzklagen S. 50 setzt den Zweck der Klage in das Verbot der Störung in Gemäßheit der l. un. C. uti possidetis 8, 6. — Daß dies ihr einziger Zweck war, läßt sich indessen hieraus nicht entnehmen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 159 Anm. 8b.

3) § 4a J. de interdictis 4, 15 ... ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.

4) Die Besitzklagen des B.G.B. stehen jedem „Besitzer" zu, wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht geübt, auch dem „mittelbaren" Besitzer. Der bloße *Inhaber* — § 855 — hat wohl das Recht der Selbstvertheidigung, nicht aber Besitzklagen — § 860.

5) Eine enge und unzureichende Basis gab der Passivlegitimation Savigny S. 400, indem er von dem Standpunkte einer Deliktsklage ausging und wenigstens grundsätzlich „Gewalt" seitens des Beklagten forderte. In der Durchführung verflüchtigte man freilich dieses Erforderniß.

6) l. 3 § 2 D. h. t. 43, 17.

7) l. 3 § 7 D. h. t. 43. 17.

Digitized by Google

2. Die ordentliche Besitzklage ist doppelseitig — duplex —,[10] so daß Kläger und Beklagter die gleiche Stellung haben.

Denn einfache Abweisung des Klägers, welcher Besitz nicht darthut, ließe die Frage, ob der Beklagte Besitzer sei, in der Schwebe und es wäre zu fürchten, daß der durch Urtheil nicht endgültig geschlichtete gerichtliche Kampf um den Besitz sich außergerichtlich fortsetze. Der Richter hat daher den Besitz des Beklagten anzuerkennen und zu schützen, wenn der Kläger seinen Besitz nicht erhärtet.

3. Im Streit um Rechte führt man den Beweis durch die Titel, welche sie dereinst begründeten. Der Besitz dagegen ergiebt sich aus Thatsachen der Gegenwart, welche sein Bestehen zur Zeit ergeben, z. B. aus dem Bewohnen eines Hauses, der Bebauung eines Ackers.

Nicht selten freilich läßt sich gegenwärtiger Besitz nur aus Thatsachen der Vergangenheit darthun. Der Besitz eines entfernten Waldes kann z. B. vielleicht nur durch den Nachweis dargethan werden, daß man im letzten Herbste oder vor noch längerer Zeit das Holz schlug. Die früher häufig vertheidigte Regel „olim possessor, hodie possessor" ist nicht allgemein richtig, aber sie wird unter Umständen zutreffen.

Es kommt vor, daß beide Streittheile längere Zeit Besitzhandlungen unabhängig von einander vornahmen, z. B. durch Holzschlagen in einem Walde, Viehauftreiben auf eine Weide, Fischerei in einem Gewässer. Hier kann sich fragen, wer als der Besitzer, wer als Besitzstörer anzusehen ist. Die Praxis geht zur Feststellung des Besitzes auf die älteren Besitzhandlungen zurück, zieht auch wohl zur Beurtheilung der Handlung den Titel des Besitzerwerbs in Betracht.[11]

Gemeinrechtliche Praktiker der vergangenen Jahrhunderte stempelten hiernach das possessorium ordinarium geradezu zu einer Klage aus älterem Besitz.[12] Sie gaben ihr also einen petitorischen Charakter. Der ältere ehemalige Besitz überwog den derzeitigen jüngeren Besitz. Die Doktrin hat seit Savigny diese in der Bildung begriffene Praxis nicht mehr gelten lassen;[13] neuere Versuche, sie auf Grund des deutschen

---

8) l. 3 § 3 D. h. t. 43, 17. Der Miether prätendirt keinen Besitz, dennoch wird das Interdikt gegen ihn gewährt.

9) Siehe namentlich Bruns, Besitzklagen S. 59 ff. Ueber die Litteratur vgl. auch Windscheid § 159 Anm. 5.

10) § 7 J. de interdictis 4, 15, l. 3 § 1 D. h. t. 43. 17. Anders B.G.B.

11) Die berühmte Dekretale: Licet causam cap. 9 X. de probat. 2, 19 gab hierzu eine Handhabe. — Vgl. übrigens Bähr a. a. O. S. 243.

12) Vgl. z. B. Leyser med. spec. 499 med. 6 und 7.

13) Savigny S. 528.

Digitized by Google

Rechtes neu zu befestigen,[14] hatten keinen durchschlagenden Erfolg.[15] Der ältere Besitz führt daher nach gemeinem Rechte nur dann zum Siege, wenn man annehmen kann, daß er noch fortbesteht.[16]

4. Wer den Besitz vom Prozeßgegner fehlerhaft d. h. mit Gewalt — vi — oder heimlich — clam — oder auf Widerruf — precario — hat, steht demselben nach.[17] Dies hat folgende Tragweite.

a) Der Kläger unterliegt, wenn er zwar besitzt, aber fehlerhaft vom Gegner besitzt. Es kann aber bei seiner Abweisung nicht bewenden, er ist vielmehr in Folge der Duplicität des Verfahrens zur Rückgabe des Besitzes an den Beklagten zu verurtheilen.[18]

b) Die Konsequenz ist, daß als Kläger mit dem Possessorium auch obsiegt, wem der Besitz zur Zeit der Klageerhebung fehlerhaft vom Gegner entzogen ist. Denn der Richter muß einem der Streitenden den Besitz zusprechen. Den Kläger dem Beklagten zu verurtheilen, also den Beraubten dem Räuber, wäre aber offenbar unstatthaft. Die rekuperatorische Funktion der Klage tritt hier bestimmt hervor.[19] [20]

---

14) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechtes 1857, ferner Delbrück in Iherings Jahrbuch Bd. 10 n. 2, Ziebarth, Realexekution und Obligation 1865 S. 257.

15) Gegen Delbrück trat namentlich Bruns in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 n. 1 auf; vgl. ferner Bruns, Besitzklagen S. 212, Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 8. Anders und praktischer Pflüger a. a. O. S. 379.

16) Anders aber B.G.B. § 1007.

17) Aehnlich B.G.B. § 862, doch nur, wenn die fehlerhafte Besitzerlangung aus dem letzten Jahre vor der Störung datirt.

18) l. 3 pr. D. h. t. 43, 17 ... si a me possides superior sum interdicto, Savigny S. 405. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 112, 183 nimmt an, daß Beklagter auf Grund der exceptio vitiosae possessionis nur Abweisung des Klägers, nicht aber Verurtheilung zur Herausgabe erlangen könne, indem er sich auf das alte Interdiktenverfahren stützt. Mit Recht hat man aber überwiegend die Ansicht Savignys festgehalten. Vgl. namentlich Arndts § 172 Anm. 2, § 7 J. h. t., l. 2 § 1 D. comm. div. 10, 3.

19) Savigny hat diese Folgerung nicht gezogen. Sie ist in der That auf den ersten Blick befremdend, dennoch aber folgerecht und, wie ich jetzt anerkenne, unabweislich. Sie wird u. a. von Vangerow, Bd. 1 § 336 Ziff. 4, Witte a. a. O. S. 60 durchgeführt. Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 159 Anm. 10. Dort siehe die Litteratur der Frage.

20) Manche römische Juristen suchten den Charakter des Interdiktes als retinendae possessionis dadurch schlechthin zu wahren, daß sie den vitios aus dem Besitz Verdrängten als noch besitzend betrachteten. Sie kamen so zur Annahme einer possessio duorum in solidum, da der eine Theil als Besitzer galt, der andere Theil, wenn auch vitios, Besitzer war. So Ulpian in der l. 3 pr. D. h. t. 43, 17. Ueber diese Stelle vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 415 A. 5. Mit Recht verwirft Paulus diese Konstruktion l. 3 § 5 D. de a. vel a. poss. 41, 2, vgl. l. 5 § 15 D. commodati 13, 6. Es war nicht unerträglich, zuzugeben, daß das Interdikt unter Umständen rekuperatorisch wirke. Aber gekünstelt war es, um den Charakter des Interdikts als retinendae possessionis theoretisch festzuhalten, den Besitz des vitios Verdrängten, welcher realiter nicht bestand, als fortdauernd anzunehmen, und unlogisch hierauf die Vorstellung einer possessio duorum in solidum zu gründen, bei welcher der eine Theil fingirt, der andere realiter besitzen sollte.

Digitized by Google

5. Die Besitzklage hat zum Ziel:

a) die gerichtliche Anerkennung des Besitzes eines der beiden Streittheile, sowie die Auflage der Herausgabe des Besitzes in den Fällen, in welchen die Klage rekuperatorisch wirkt.

b) Auflage der Beseitigung störender Veränderungen,[21] gerichtliches Verbot fernerer Störung,[22] Strafandrohung für den Fall einer solchen, nach Umständen Sicherstellung.[23]

c) Schadensersatz wegen Störung des Besitzes vor und während des Besitzprozesses. Vorausgesetzt ist, daß dem Störenden eine Schuld zur Last fällt.[24]

Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt in einem Jahre.[25]

Ohne Antrag des Beklagten kann der Richter zu seinen Gunsten auf Verbot der Besitzstörung und Schadensersatz nicht erkennen.

§ 187. Das summariissimum.

1. Das summariissimum ist eine Schöpfung der Praxis. Die Besitzfrage wird hier provisorisch entschieden und zwar so, daß vor allem die jüngste fehlerfreie Besitzhandlung maßgebend ist.[1]

2. Ursprünglich war nothwendige Voraussetzung des summariissimum die Gefahr von Thätlichkeiten; später genügte auch Anhängigkeit der ordentlichen Besitzklage, da während ihrer Verhandlung ein Interimistikum oft Bedürfniß war.[2] Schließlich verstattete man das Rechtsmittel den Besitzprätendenten ohne weiteres.[3]

21) l. 3 § 9 D. h. t. 43, 17.

22) l. un. C. uti possidetis 8, 6.

23) C.P.O. § 890.

24) So auch R.G. Bd. 31 S. 183, vgl. die dort Angef. Für die Zeit nach der Klageerhebung bedarf es des Nachweises der Schuld nicht. R.G. a. a. O. vgl. R.G. Bd. 6 S. 221.

25) In l. 1 pr. D. h. t. 43, 17 findet sich als Theil des Interdikts: neque pluris quam quanti res erit intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. Der Zusammenhang dieses Satzes mit dem Interdikte erscheint dunkel; seine Tragweite im justinianischen Rechte ist bestritten und zweifelhaft. Lenel, edictum perpetuum S. 379 vermuthet mit Recht, daß im Edikte seinerzeit statt „agere permittam" stand „sponsionem facere permittam", denn undenkbar sei, daß der Prätor Klagen auf neque pluris quam quanti res erit in Aussicht gestellt habe. Im justinianischen Rechte ist die Verjährung auf den Anspruch wegen des Schadens aus der Besitzstörung zu beziehen. Anders Windscheid Bd. 1 § 159 Anm. 7. Nach B.G.B. § 864 erlischt mit Ablauf eines Jahres der Anspruch überhaupt.

1) Bruns, Recht des Besitzes S. 256. Man zog namentlich die Worte der l. 13 § 3 D. de usufr. 7, 1 an: „cur enim ad arma et rixam procedere patiatur praetor quos potest jurisdictione sua componere".

2) Bruns a. a. O. S. 264.

3) Bruns a. a. O. S. 401. Ueber die Bestimmungen der K.G.O. von 1548 II 21 § 3 vgl. Bruns a. a. O. S. 375 ff.

Digitized by Google

3. Das summariissimum hatte anfänglich nur prozessualische Eigenthümlichkeiten. Es bezweckte eine vorläufige Ordnung in schleuniger Weise. Allmählich bildeten sich auch materielle Besonderheiten heraus. Die jüngste ruhige Besitzhandlung wird zu Grunde gelegt. Der provisorische Besitz konnte je nach dem Ergebniß dem Beklagten wie dem Kläger zugetheilt werden.[4] Die Klage war also duplex. Gelang keinem Theile der Nachweis ruhigen Besitzes, so kam es zur Sequestration der streitigen Sache.[5]

4. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das summariissimum beseitigt. Einstweilige Verfügungen, welche das Gericht im Fall des Bedürfnisses gemäß C.P.O. § 935 nach seinem Ermessen anordnet, geben für dasselbe Ersatz.[6]

III. Rekuperatorische Besitzklagen.

§ 188. Römische rekuperatorische Besitzklagen.[1]

1. Gewaltsame Vertreibung aus dem Besitze eines Grundstückes begründete das interdictum de vi auf Wiederherstellung des Besitzes.[2 3]

a) Als Kläger ist legitimirt, wer durch Gewalt den juristischen Besitz[4] seines Grundstücks verloren hat.

Die Gewalt muß persönlich sein.[5] Sie kann im Hinaustreiben —

---

4) Dies wurde um so wichtiger, je mehr man sich gewöhnte, in der ordentlichen Besitzklage auf den ältesten fehlerlosen Besitz zurückzugehen. Vgl. Bruns a. a. O. S. 401.

5) Man schützte auch den Detentor, siehe Bruns a. a. O. S. 403. Dem Detentor in eigenem Interesse wird man die Klage auch heute nicht verweigern dürfen, wenn man ihm die Spolienklage einräumt, vgl. unten § 189 Anm. 6.

6) Vgl. R.G. Bd. 4 S. 399.

1) Tit. Dig. de vi 43, 16. Keller, semestria ad Ciceronem II cap. 1 §§ 2 und 3. Keller, Institutionen S. 42. Ubbelohde a. a. O. Theil 5 S. 1.

2) Neben dem interdictum de vi wurde in der Zeit der Bürgerkriege ein verschärftes Rechtsmittel, das i. de vi armata aufgestellt. Im Hadrianischen Edikte hatten nach Lenel, edictum perpetuum, die beiden Interdikte folgende Formeln: a) unde in hoc anno tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas. b) unde tu illum vi hominibus coactis armatisve dejecisti aut familia tua dejecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas. Die Belege siehe bei Lenel a. a. O. Bei dem i. de vi armata fiel die exceptio vitiosae possessionis weg, ferner die Beschränkung auf ein Jahr, endlich forderte man hier nicht juristischen Besitz in der Person des Klägers. Im justinianischen Rechte sind die beiden Interdikte verschmolzen. Die exceptio vitiosae possessionis ist jetzt auch bei dem interdictum de vi quotidiana ausgeschlossen, vgl. l. 1 pr. D. h. t. 43, 16, siehe aber auch l. 17 D. eod.

3) Das interdictum de vi war wahrscheinlich jünger als das i. uti possidetis. Das letztere war prohibitorisch, das erstere restitutorisch, was einigermaßen als Fingerzeig gelten kann.

4) l. 1 §§ 9 und 23 D. h. t. 43, 16.

Digitized by Google

Dejektion — des Besitzers oder in der Verhinderung — Prohibition — seines Eintretens liegen.[6] Gewalt, welche den Besitzer zur Uebergabe bestimmt, gehört nicht hierher.[7] Bloße Störung des Besitzes durch Gewalthandlungen begründet das Interdikt nicht.[8]

b) Beklagter ist der Dejicient, mag er nun den Besitz haben oder nicht.[9] Dritte, welche den Besitz der gewaltsam entzogenen Sache erhalten, unterliegen dem Interdikte nicht.

c) Dem Beklagten liegt Wiederherstellung — Restitution — ob. Sie besteht in Herausgabe des Grundstückes, seiner Früchte und Accessionen — causa —, sowie der auf dem Grundstücke zur Zeit der Dejektion vorhandenen Sachen, endlich in Schadensersatz.[10]

d) Haben Familienglieder, Dienstpersonal oder auch sonstige Dritte für einen Anderen ohne Auftrag und Genehmigung eine gewaltsame Dejektion vorgenommen, so haftet der Vertretene auf das, was an ihn gelangt ist. Im Falle eines Auftrages oder seiner Genehmigung wird er behandelt, wie wenn er selbst die Gewaltthat vollzogen hätte.[11]

e) Nach einem Jahre geht die Klage nur auf die Bereicherung des Beklagten.[12] Das römische Recht läßt auch den Erben des Dejicienten nur auf Höhe der Bereicherung haften.[13]

2. In der christlichen Kaiserzeit trat die Tendenz hervor, die Wiedererlangung verlorenen Besitzes zu fördern.[14] Insbesondere stellte man eigenmächtige Besitznahme von Grundstücken während Abwesenheit ihres Besitzers gewaltsamer Dejektion gleich.[15] Manche behaupten, daß man

5) Erforderlich ist vis atrox l. 1 §§ 3, 29 D. h. t. 43, 16. Es genügt also nicht bloßes Handeln gegen das Verbot, l. 73 § 2 D. de R. J. 50, 17, noch weniger bloße Scheingewalt.

6) Das Interdikt sprach von dejicere. Das prohibere wurde gleichgestellt l. 3 § 8 D. h. t. 43. 16, l. 12 und l. 18 D. eod., vgl. ferner l. 1 § 47 D. eod. Ubbelohde a. a. O. S. 50 ff.

7) l. 5 D. h. t. Ulpianus libro 11 ad edictum . . . non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

8) l. 11 D. h. t. scheint freilich das Gegenteil zu besagen. Sie ist an einen nicht passenden Ort gerathen.

9) l. 1 § 42 D. h. t.

10) l. 1 §§ 21, 40, 41 D. h. t.

11) l. 1 §§ 11 ff. D. h. t.

12) l. 1 pr. § 39 D. h. t.

13) l. 1 § 48 D. h. t.

14) In den Quellen der christlichen Kaiserzeit wird oft eine actio momentariae possessionis oder actio momenti erwähnt. Nach dem Vorgange von Cujacius — obs. I 20, XIX 16 — behauptet Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 104, daß diese Klage den rekuperatorischen Besitzesschutz auf erweiterte Grundlagen gestellt habe. Vgl. hiergegen die ausführliche Deduktion von Bruns, Besitzklagen S. 84 ff., Ubbelohde S. 662 ff.

15) l. 11 C. unde vi 8, 4. Pflüger, Besitzklagen S. 358.

Digitized by Google

das interdictum de vi auf Mobilien ausgedehnt habe, doch läßt sich dies nicht erweisen.[16][17]

3. Besitz, welchen ein Anderer ohne Rechtsgrund von uns erlangte, kann kondicirt werden. Diese Kondiktion ist aber nicht zu den Besitzklagen zu zählen. Der Kondiktionsbeklagte kann ihr gegenüber eigenes Eigenthum vorschützen.[18]

§ 189. Spolieneinrede und Spolienklage.

Durch das kanonische Recht und die gemeinrechtliche Praxis wurde der rekuperatorische Besitzesschutz sehr gesteigert.[1]

Den Anstoß gaben gefälschte Kirchengesetze Pseudoisidors, laut deren ein spoliirter Bischof sich auf Anklagen nicht einzulassen brauchte, ehe ihm das Entrissene durch die Kirchengewalt zurückerstattet war. Diese gefälschten Gesetze, vor allem der canon redintegranda,[2] gingen in das Dekret Gratians über und kamen so zu allgemeiner Geltung.

Aus ihnen entsprang zunächst eine Einrede für den Spoliirten

---

16) l. 7 C. unde vi 8, 4 enthält das bekannte Verbot der Selbsthülfe und schreibt Restitution gewaltsam weggenommener Objekte vor. Ob für die Rückforderung aber das i. unde vi diente, darüber streitet man. Dafür ist Savigny § 40, dagegen u. a. Bruns, Recht des Besitzes § 7. Die Pandekten verwerfen das i. unde vi bei Mobilien. Sie verweisen auf andere Klagen l. 1 §§ 6 und 7 D. h. t. 43, 16. Dabei wird es wohl sein Bewenden haben müssen, trotzdem daß die Konstitution über gewaltsame Selbsthülfe in den Titel des Kodex unde vi eingereiht ist.

17) Streitig ist, ob es außer dem interdictum de vi ein solches de clandestina possessione gab. Dagegen ist Savigny S. 456, Lenel edictum perpetuum S. 377 Anm. 7, neuestens Ubbelohde a. a. O. S. 70. Aber Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 322 hat sein Bestehen wohl erwiesen, indem er sich nicht bloß auf l. 7 § 5 D. comm. div. 10, 3, sondern auch auf eine gelungene Interpretation der l. 6 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2 — oben § 178 Anm. 11 — stützt. Immerhin wurde es in Folge der Entwickelung der Besitzlehre neben dem i. uti possidetis wenigstens bei Grundstücken überflüssig.

18) Vgl. über diese Kondiktionen namentlich Bruns, Recht des Besitzes S. 27 und Besitzklagen S. 185, Bolze im Archiv f. civ. Praxis Bd. 79 S. 206, Trampedach in der Savigny-Ztschr. Bd. 17 S. 97, Ubbelohde S. 651, auch Windscheid § 161.

1) Eine sorgfältige Darstellung der historischen Entwickelung giebt Bruns, Recht des Besitzes S. 127 ff., ferner Ruffini l'actio spolii 1889, vgl. auch Maaßen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage in Bekkers Jahrb. Bd. 3 n. 8. Die Erörterung des Dogmas siehe bei Bruns, Besitzklagen S. 212 ff. Vgl. aber auch Delbrück, die dingliche Klage, und dessen Nachträge in Iherings Jahrb. Bd. 10 n. 2, sowie Ziebarth, Realexekution S. 276, 290. Neuerdings s. auch Bähr, Rechtsfälle des Reichsgerichts S. 37. Die Besitzklage des B.G.B. § 861 entspricht der Spolienklage.

2) c. 3 C. 3 qu. 1. Joannes urbis Romae episcopus scribit Zachariae archiepiscopo epist. I: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque condicione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia majorum aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum.

Digitized by Google

gegen Klagen jeder Art, bis das Spolium beseitigt war, womit man die Zurückerstattung des Entrissenen indirekt zu erzwingen suchte. Man leitete aus jenen Stellen bald aber auch eine Klage ab, — condictio ex canone —, um die Restitution direkt zu erzwingen.[3] In Deutschland nannte man sie seit dem 17. Jahrhundert Spolienklage. Zeitweise hatte sie eine ungemessene Ausdehnung; in der Mitte des vorigen Jahrhunderts zog man ihr engere Grenzen;[4] seit Savigny suchte man sie fast auf den Standpunkt des interdictum de vi zurückzuschrauben.[5] Neuerdings kehrt man zu einem Mittelmaß zurück.

1. Die Eigenthümlichkeiten der Spolienklage sind folgende:

a) Sie kommt nicht bloß juristischem Besitz zu gute. Auch die Detention zu eigenem Interesse,[6] insbesondere des Miethers, Pächters und Rententionsberechtigten reicht aus.[7]

Hiernach haben diese Personen, insbesondere Miether und Pächter, Besitzesschutz, welchen sie in Rom nicht hatten. Dies entspricht den wirthschaftlichen Bedürfnissen und Rechtsanschauungen der neueren Zeit.[8]

b) Die Spolienklage bezieht sich anerkanntermaßen nicht bloß auf Immobilien, sondern auch auf Mobilien und auf Rechte.[9]

c) Gewalt gegen die Person ist zur Spolienklage nicht nöthig. Es

---

3) Dies geschah zunächst durch die Kanonisten, vgl. hierüber Maaßen a. a. O. Innocenz III. hat gemäß ihrer Lehre die Klage — im conc. Lat. IV, 1215 — anerkannt und näher bestimmt cap. 18 X de rest. spol. 2, 13. Saepe contingit, ut quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, praesertim quoad periculum animae injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurretur. Vgl. Bruns, Recht des Besitzes S. 179.

4) Ueber den Angriff von J. H. Böhmer. jus eccles. prot. II. 13, doctr. de act. II 4 §§ 39, 40, siehe Bruns, Recht des Besitzes S. 392; Ruffini a. a. O. S. 334.

5) Savigny § 50 S. 509 ff. Puchta, Pand. § 135 spricht „von der in ihrer eigenen Absurdität sich vernichtenden Meinung der Praxis".

6) Schon Durantis gab die Klage aus dem can. dem bloßen Detentor, siehe Bruns, Recht des Besitzes S. 231. Ihm folgten die späteren Schriftsteller überwiegend. Neuere Theoretiker haben sich seit Savigny meist gegen die Spolienklage des Detentors erklärt. Das Prinzip des Textes hat aber Bruns, Besitzklagen S. 226 ff. vertheidigt; dasselbe wird auch vom R.G. Bd. 5 S. 164, Bd. 30 S. 138, Seuff. A. Bd. 47 n. 185 adoptirt. Litteratur und Praxis siehe bei Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 7b.

7) Es genügt der Miethbesitz. Einreden aus der Ungültigkeit des Mieths- oder Pachtvertrages sowie der Auflösung des Mieths- oder Pachtverhältnisses betreffen die Frage des Rechtes und sind gegenüber der Spolienklage unzulässig.

8) Ueber den Klageberechtigten nach B.G.B. vgl. oben § 186 Anm. 4.

9) Bruns, Besitzklagen S. 249.

Digitized by Google

genügt die unbefugte Entziehung des Besitzes wider den Willen des bisherigen Besitzers.[10] Einreden des Spolianten aus einem behaupteten Recht sind auch gegenüber der Spolienklage unzulässig.

d) Die Klage geht wie gegen den Spolianten und dessen Erben, so auch gegen Dritte, welche die spoliirte Sache in Kenntniß des Spoliums erlangten.[11]

e) Wenn Kläger bewiesen hat, daß er früher besaß und daß nun der Beklagte besitzt, so liegt dem Beklagten seinerseits der Nachweis ob, daß er in einer ihn rechtfertigenden Weise in den Besitz kam.[12]

f) Die Klage unterliegt nur der dreißigjährigen Verjährung.[13]

2. Der Gerichtsgebrauch hat die Spolieneinrede des kanonischen Rechts festgehalten, aber in selbständiger Weise ausgebildet. Der Spoliirte hat sie hiernach nur gegenüber dem Spolianten und dessen Rechtsnachfolgern. Sie kann gegen Civilklagen jeder Art, insbesondere auch im Arrestverfahren vorgeschützt werden.

Im gemeinen Prozesse gehörte die Spolieneinrede zu den prozeßhindernden Einreden, gab also dem Beklagten die Befugniß, bis zu

---

10) Bruns, Besitzklagen S. 250. Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 6. Ebenso B.G.B. § 861. Hat ein Gerichtsvollzieher Sachen gepfändet, welche nicht in der Gewahrsam des Schuldners, sondern eines Dritten waren, so hat dieser die Spolienklage R.G. Bd. 14 S. 358 und dort Citirte.

11) Das oben Anm. 3 citirte cap. saepe gewährt die Klage gegen Dritte, welche die Sache vom Spolianten in Kenntniß des Spoliums erwarben. Ihering, Besitzwille S. 459. So auch B.G.B. § 858 Abs. 2. Nach dem Grunde dieses Gesetzes wird man die Klage auch gegen solche Dritte nicht versagen, welche den Besitz nicht vom Spolianten erhielten, z. B. die ihn vertrieben, wenn sie nur Kenntniß seines Spoliums hatten. Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 7. Dagegen erklärt sich jedoch Bruns, Besitzklagen S. 246. Die ältere Praxis ließ die Spolienklage selbst gegen dritte redliche Besitzer zu. Dies wurde aber schon im vorigen Jahrhundert nicht festgehalten.

12) Diese Beweisregel stellte schon Innocenz IV. in seinem Kommentare zu den Dekretalen auf und sie war lange Zeit gemeine Meinung. Bruns, Besitz im Mittelalter S. 223 ff. — in neuerer Zeit aber wird sie meist als unwissenschaftlich verworfen, vgl. Bruns, Besitz S. 396, Besitzklagen S. 251. Die ältere Ansicht ist die richtige, vgl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 47 und in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 303. Bähr setzt den Fall, daß Jemand, welcher nachweisbar ein Grundstück seit Jahren besaß und bewirthschaftete, dasselbe im Frühjahr, als er es bestellen will, von seinem Nachbar beackert und besäet findet. Soll er, wenn er daraufhin die Spolienklage anstellt, außer seinem Besitz beweisen, daß sein Nachbar keinen Grund für die Besitzergreifung gehabt habe? Welche Zumuthung! Wie soll er dies anfangen! Windscheid freilich Bd. 1 § 162a Anm. 5 scheint eine derartige Beweisauflage für gerechtfertigt zu halten; denn er erklärt, freilich ohne seine Ansicht zu begründen, die hier vertretene Auffassung für „unzutreffend". Siehe hiergegen oben § 159 Anm. 10. Vgl. freilich R.G. Bd. 30 S. 110.

13) Dies ist Praxis, für welche man den Passus des c. redintegranda „quacunque condicione temporis" seit Alters anführt. Vgl. jedoch Bruns, Besitzklagen S. 261. Nach B.G.B. § 864 erlischt der Anspruch in einem Jahre.

Digitized by Google

ihrer Erledigung die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern.[14] Dieses Vorrecht hat sich nach der C.P.O. verloren;[15] das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie überhaupt beseitigt.

Fünftes Kapitel.

Rechtsbesitz.[1]

§ 190. Servitutenbesitz.

1. Neben den Sachbesitz stellte sich seit der Kaiserzeit der Rechtsbesitz oder Quasibesitz. Man kann ihn auch Servitutenbesitz nennen. Denn nur was die Form einer Servitut hatte, galt in Rom als Rechtsbesitz.

Vor allem hat Rechtsbesitz, wer als Nießbraucher eine Sache inne hat. Zur Zeit der Republik schrieb man dem Nießbraucher Sachbesitz zu. In der Kaiserzeit erklärte man ihn als Detentor des besitzenden Eigenthümers und erkannte ihm selbst nur Rechtsbesitz zu.[2] Seitdem bezeichnete man auch die thatsächliche Ausübung der Grundgerechtigkeiten als Rechtsbesitz.[3]

2. Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes vollzieht sich analog dem Sachbesitz.[4]

Der Erwerb insbesondere verlangt:

a) ein thatsächliches Verhältniß zur Sache. Dasselbe ist je nach den verschiedenen Arten der Servituten verschieden. Beim Nießbrauche besteht es in der Detention der Sache, bei Servituten, welche durch Handlungen des Servitutenberechtigten ausgeübt werden, in entsprechenden Handlungen, bei Servituten, die auf einer Anlage im Boden beruhen, muß diese Anlage hergestellt sein. Der Besitz von Servituten, die in einem Verbietungsrechte bestehen, verlangt, daß sich der Nachbar

14) Spoliatus ante omnia restituendus.

15) Nach dem cap. 1 de rest. spol. in 6to 2, 5 mußte die exceptio spolii binnen 15 Tagen nach dem Vorschützen bewiesen werden. Diese prozessualische Vorschrift war schon dem gemeinen Prozesse fremd.

1) Ihering, Besitz, im Handwörterbuch a. a. O. S. 423.

2) Man gab daher seitdem die i. unde vi und uti possidetis als utilia. l. 3 §§ 13, 15 D. de vi 43, 16. fragm. Vat. §§ 90, 91, l. 1 § 8 D. quod legatorum 43, 3, l. 4 D. uti possidetis 43, 17. Ueber die ältere Zeit siehe Keller, semestria ad Ciceronem I p. 343.

3) l. 7 D. de itin. actuque 43, 19, siehe unten Anm. 5, l. 2 D. comm. praed. 8, 4. Vgl. übrigens Gaj. Inst. IV § 139.

4) Tartufari a. a. O. Bd. 1 S. 152, 276.

Digitized by Google

dem wirklichen oder angeblichen Verbietungsrecht unterordnete, z. B. aus diesem Grund auf seinem Grundstück nicht baute.

b) Vorausgesetzt ist ferner, daß man die Ausübung als *Recht* in Anspruch nahm,[5] keineswegs aber daß man sie auch für berechtigt *hielt*;[6] es ist also auch bösgläubiger Rechtsbesitz möglich.

3. Man muß ein Recht prätendirt haben, aber nicht gerade eine Servitut. Es schadet daher namentlich nicht, wenn man sich etwa Eigenthum statt Servitutrecht zuschrieb.[7][8]

§ 191. Rechtsbesitz im gemeinen Rechte und im B.G.B.

1. Das kanonische Recht hat den Rechtsbesitz weit über die Grenzen des römischen Rechts ausgedehnt. Es beschränkt ihn nicht mehr bloß auf körperliche Objekte; es bilden Gegenstand des Rechtsbesitzes unter anderem kirchliche und weltliche Hoheitsrechte über Kirchen, Klöster, Gemeinden, Länder, kirchliche Aemter und Würden, hiermit verbundene Beneficien und Pfründen, Ehrenstellungen, Patronate und andere bei der Besetzung der Aemter vorkommende Rechte, endlich Zehnten und sonstige Reallasten. Man erkannte selbst den Ehebesitz an, d. h. man betrachtete als Besitzart das als Ehe erscheinende Verhältniß.[1]

Der Rechtsbesitz verlangt hiernach nur *einen dauernden auf Fortwirkung in die Zukunft hinein angelegten Zustand rechtlicher Gestalt*.[2] In diesem Umfange ist der Rechtsbesitz in das gemeine Recht übergegangen.[3] Doch fehlte es nicht an Widerspruch gegen diese Ausdehnung. Auch blieb er nicht ohne Erfolg. Insbesondere wird derzeit ein Ehebesitz nicht mehr anerkannt.[4]

2. Die Begründung des Rechtsbesitzes geschieht je nach seiner Art.

---

5) l. 7 D. de itinere actuque 43, 19. Celsus libro 25 Digestorum. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, *jus fundi possedisse oportet*.

6) Nicht genau spricht sich daher Paulus libro 5 sententiarum l. 25 D. quemadmodum serv. 8, 6 aus. Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se *credidit*. Aehnlich l. 1 § 19 D. de aqua 43. 20.

7) R.G. Bd. 4 S. 135. Anders Randa, Besitz 4. Auflage S. 674 flg.

8) Ueber den Schutz des Servitutenbesitzes vgl. unten § 257, siehe auch Bossert, das Wesen des Servitutenbesitzes 1883.

1) Vgl. Bruns, Recht des Besitzes, S. 185 ff., wo die Belegstellen gesammelt sind.

2) Savigny § 49 S. 505 sucht diese Beschränkung festzuhalten.

3) Bruns a. a. O. S. 383.

4) Bruns a. a. O. S. 421. R.G. Bd. 31 S. 172.

Digitized by Google

Sie kann in der Einführung in eine Stellung, insbesondere in ein Amt liegen, oder in der Ausübung entsprechender Befugnisse.[5]

3. Rechtsbesitz kann gegen Dritte, welche das Recht für sich in Anspruch nehmen, wie auch gegen den zur Leistung Verbundenen, z. B. den Abgabepflichtigen, geltend gemacht werden. In der Verweigerung der bisher üblichen Leistungen durch den Pflichtigen wird ein Spolium gesehen, welches die Spolienklage rechtfertigt.[6]

4. Das B.G.B. kennt Rechtsbesitz nur in sehr engen Grenzen.[7]

Zweiter Abschnitt.

Das Eigenthumsrecht.[1]

Erstes Kapitel.

Begriff und Inhalt des Eigenthumsrechtes.

I. Eigenthum und gutgläubiger Besitz.

§ 192. Dingliche Rechte und Eigenthum.

1. Dingliche oder Sachenrechte theilen uns die körperlichen Sachen, an denen sie haften, unmittelbar zu. Diese Sachen gehören uns, auch wenn sie in fremdem Besitze stehen. Wir „haben" sie im Rechtssinne, selbst wenn uns das thatsächliche Haben fehlt.[2] Erfolgt ihre Herausgabe seitens des Besitzers — die thatsächliche Restitution[3] —, so ändert sich nicht die Rechtsstellung der

5) Vgl. Bruns a. a. O. S. 198 und die dort citirten Stellen.

6) Bruns a. a. O. S. 206 ff.

7) B.G.B. §§ 1029, 1090 schützen Rechtsbesitz an gewissen Dienstbarkeiten. Außerdem erhält Einf.Ges. Art. 191 das bisherige Recht bezüglich des Besitzesschutzes für Dienstbarkeiten in weitgehender Weise aufrecht. In den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Verhältnissen z. B. des Wasserrechts kann er gleichfalls fortbestehen.

1) Gesterding, Lehre vom Eigenthum 1817. Karl Sell, römische Lehre des Eigenthums 1852 und dazu Dernburg, Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 138 ff. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum Abth. 1, 2 und 3 1875 ff. Vgl. auch Landsberg, die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum 1883. — Randa, das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts. 1. Hälfte 2. Aufl. 1893.

2) Dies gilt insbesondere vom Eigenthumsrechte, l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45, 1 Ulpianus libro 49 ad Sabinum. „Habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet."

3) Zu unterscheiden ist also die juristische Restitution, welche in der Uebereignung besteht, und eine thatsächliche, welche nur den Besitz überträgt.

Digitized by Google

Betheiligten, sondern nur das Besitzverhältniß. Bei diesen Rechten waltet also der Gedanke, daß ein rechtliches, unsichtbares Band die Sache an das Rechtssubjekt knüpft.[4]

2. Das wichtigste dingliche Recht ist das Eigenthumsrecht. Eine zweite Klasse bilden die Rechte an Sachen — jura in re (sc. aliena).

a) Das Eigenthumsrecht ist das Recht allgemeiner Herrschaft über die körperliche Sache.[5] Es gewährt seiner Bestimmung nach jedwede Macht über die Sache,[6] welche nach Natur und Recht möglich ist.[7]

a) Die dinglichen Rechte im engeren Sinne unterwerfen eine fremde Sache dem Berechtigten nach bestimmten Richtungen und zu bestimmten Zwecken. Die Römer kennen vier Arten solcher Rechte, nämlich Servituten, Superficies und Emphyteusis einestheils und das Pfandrecht anderntheils. Den drei ersten Arten dienen die natürlichen Eigenschaften der körperlichen Sachen. Das Pfandrecht dagegen giebt das Veräußerungsrecht und macht damit den Tauschwerth der Sache nutzbar.[8]

---

4) Siehe oben § 22 Anm. 5.

5) Die Römer nennen dominium was „dem Herrn des Hauses" gehört, Gradenwitz in der Zeitschrift d. Savignystiftung r. A. Bd. 12 S. 135, selbst einen Nießbrauch, so l. 3 D. si ususfr. pet. 7, 6, l. 15 § 8 D. quod vi aut clam 43, 24, siehe noch weiter l. 49 pr. D. de her. inst. 28. 5. Im engeren Sinne steht das Wort für Eigenthum, „proprietas". l. 1 § 1 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 43 § 12 D. de furtis 47, 2, vgl. l. 13 § 1 D. de damno infecto 39, 2. Der vulgäre deutsche Sprachgebrauch identificirt Eigenthum mit Vermögen. In diesem Sinne spricht man z. B. vom „litterarischen Eigenthumsrechte"; im engeren streng juristischen Sinne ist es die generelle Herrschaft über die körperliche Sache.

6) Die Definition des Eigenthumsrechtes ist seit Jahrhunderten Gegenstand der Erörterung, ohne daß ein allseitig befriedigendes Resultat erzielt wurde; vgl. die bei Glück Bd. 8 S. 26 ff. citirten Schriftsteller. — Früher bezeichnete man als Eigenthümer, wer befugt sei, über die Substanz eines Objektes ausschließlich zu verfügen, vgl. das preuß. A.L.R. I. 8 § 3. Schon Thibaut, Pand. 7. Auflage § 558 definirt Eigenthum als die „ihrer Natur nach" unbedingte Macht. Boecking, Pand. Bd. 2 § 134 S. 7 hob nach dieser Richtung schärfer hervor: „die Natur oder das Wesen des Eigenthums liege in der Abstraktheit und der der mannigfachsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjektes". Verfehlte Konstruktionen stützte hierauf Girtanner in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 83.

7) Häufig behauptet man, das Eigenthum sei als solches „schrankenlos". Vgl. Windscheid Bd. 1 § 167 Anm. 3. Danach ständen die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen im Widerspruche mit der Idee des Eigenthums. Hiergegen erklären sich zahlreiche neuere Schriftsteller, unter anderen Ihering, Zweck im Recht 1. Auflage Bd. 1 S. 520. In der That sind alle Rechte des Individuums, insbesondere auch das Eigenthum, durch die Rücksicht auf die Gesellschaft beeinflußt und rechtlich gebunden. Auch die Geschichte zeigt uns keine Zeit, in welcher dies nicht der Fall gewesen wäre. Die Folgerungen jedoch, welche von den Socialisten und zum Theil auch von Ihering a. a. O. S. 520 hieraus gezogen werden, sind nicht gerechtfertigt. Dies weiter zu verfolgen, ist hier nicht der Ort. Vgl. besonders Randa a. a. O. S. 423, v. Scheel, Art. Eigenthum im Handb. der Staatswissensch. Bd. 3.

8) Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 11 „das Pfandrecht und die Servitut".

Digitized by Google

3. Das Eigenthumsrecht ist begrifflich einer Art; aber es hat verschiedene Erscheinungsformen.

Es ist volles Eigenthumsrecht, wenn es in der That die volle und ausschließliche Macht über die Sache gewährt. Es schließt dann Besitz, Nutzung, Gebrauch — die s. g. Nutzungsrechte — und das Recht der Veräußerung, der dinglichen Belastung und der Vindikation — die s. g. Proprietätsrechte — in sich, und zwar nicht als besondere Befugnisse, sondern als Ausflüsse des einen Eigenthumes.[9]

Das Eigenthum kann aber der ihm an sich zukommenden Befugnisse mehr oder weniger entkleidet sein. Oft ruhen Nießbrauchsrechte auf der Sache, welche dem Eigenthümer die Nutzungen entziehen und nur nacktes Eigenthum — nuda proprietas[10] — übrig lassen. Es giebt andere Einschränkungen, z. B. durch Veräußerungsverbote, welche noch einschneidender wirken. Solche Beschränkungen häufen sich unter Umständen der Art, daß die Eigenthumsbefugnisse völlig paralysirt sind. Gleichwohl verliert das Eigenthum damit sein begriffliches Wesen nicht.[11] Es ist in solchen Fällen gehemmt, aber nicht abgestorben. Denn die Vollgewalt des Eigenthumes tritt hervor, sowie die beschränkenden Befugnisse aus irgend einem Grunde erlöschen.[12 13]

Freies, unbelastetes Eigenthum ist wirthschaftlich und social ein hohes Gut. Gleichwohl lassen sich Belastungen nicht ausschließen. Aber

---

9) l. 5 pr. D. si ususfructus petetur 7, 6, Ulpianus libro 17 ad edictum: Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet propietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Aeltere Schriftsteller nehmen hiernach an, der Eigenthümer habe zwar den ususfructus „causalis“ seiner Sache, nicht aber den ususfructus „formalis“.

10) §§ 1 und 4 J. de usufructu 2, 4, Gaj. Inst. II § 30, l. 4 D. de jure dotium 23, 3, l. 26 pr. D. de usu et usufr. leg. 33, 2, l. 126 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

11) l. 25 pr. D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Julianus, et est verius. Ueber die Aussprüche der römischen Juristen „ususfructus portionis instar obtinet“, „ususfructus in multis casibus pars dominii est“ vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 132.

12) Man spricht in diesem Sinne von „Elasticität“ des Eigenthums. § 4 J. de usufructu 2, 4 Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem. Vgl. l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum. Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit.

13) Es giebt Fälle ruhenden Eigenthumes, d. h. eines solchen, welchem jede gegenwärtige Wirkung fehlt, welches aber in der Zukunft wieder zu Kräften kommen kann.

Digitized by Google

das römische Recht suchte durch seine Konstruktion des Eigenthumsrechtes herbeizuführen, daß sich schließlich die Herrschaftsrechte über die Sachen wieder in einer Hand vereinigten. Zu diesem Zwecke legte es die Fähigkeit und das Bestreben in das Eigenthumsrecht, zur vollen Sachherrschaft heranzuwachsen.

4. In altrömischer Zeit kannte man das Eigenthumsrecht nur als volles Herrenrecht. Ein Blick auf die geschichtliche Entwickelung der dinglichen Rechte an fremder Sache thut dies dar. Superficies und Vektigalrecht (Emphyteusis) gewannen ersichtlich erst in der Periode des Formularprozesses dingliche Kraft.[14] Auch das Pfandrecht erhielt erst durch den Prätor dinglichen Schutz.[15] Zur Zeit der Alleinherrschaft des jus civile waren von dinglichen Rechten an fremder Sache daher einzig die Servituten anerkannt. Unter diesen galten nur servitutes praediorum rusticorum, und zwar Wege- und Wassergerechtigkeiten als res mancipii, die servitutes praediorum urbanorum und die persönlichen Dienstbarkeiten, insbesondere der Nießbrauch, waren res nec mancipii.[16] Dies giebt einen Fingerzeig dafür, daß die letzteren Servituten jüngeren Datums sind. Auch aus dem prätorischen Edikte über die Kautionspflicht des Nießbrauchers erhellt, daß der Nießbrauch sich nicht ohne Beihülfe des Prätors entwickelte. Entfernterer Vorzeit gehörten also nur die Weg- und Wasserservituten an. Für uralt sind auch diese Servituten nicht zu halten.[17] Ob die Zeit der 12 Tafeln sie kannte, ist zweifelhaft; erwähnt werden sie in den erhaltenen Bruchstücken dieses Gesetzes nicht. Wegservituten waren in der ältesten Zeit entbehrlich, weil bei der Zumessung der ländlichen Grundstücke allgemein für Kommunikationswege gesorgt wurde. Die Wasserverhältnisse regelte genügend die schon in den 12 Tafeln erwähnte actio aquae pluviae arcendae.[18]

Als sich im Laufe der Zeiten auf Grund unabweislicher Bedürfnisse dingliche Rechte an fremden Sachen ausbildeten, erhielt das Eigenthum durch die juristische Abstraktion den hypothetischen Charakter, welcher ihm im späteren römischen Rechte innewohnt.

5. Die dinglichen Rechte sind sämmtlich mit einer dinglichen Klage — actio in rem — ausgerüstet.[19]

---

14) Vgl. z. B. l. 16 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

15) § 7 J. de act. 4, 6. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 63 ff.

16) Gaj. Inst. II §§ 15, 17, 29, 30.

17) Anders Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae 1884 S. 18.

18) Vgl. Elvers, Servituten Bd. 1 § 1.

19) Vgl. oben § 129.

Digitized by Google

Das Eigenthum wird durch zwei dingliche Klagen geltend gemacht, nämlich die rei vindicatio und die actio negatoria. Die rei vindicatio ist die Klage des nichtbesitzenden Eigenthümers gegen den besitzenden Nichteigenthümer. Bei ihr handelt es sich um die Existenz des Eigenthumes. Die actio negatoria vertheidigt das Eigenthum gegen Eingriffe Dritter. Sie dreht sich um die Frage des Umfanges des Eigenthumes.

Dieselben Klagen schützen analog — utiliter — Superficies und Emphyteusis.

Die Servitut wird durch die actio confessoria vertheidigt, das Pfandrecht durch die actio hypothecaria zur Geltung gebracht.

Alle diese Klagen haben jedem gegenüber Anwendbarkeit, welcher mit dem Rechte des Klägers in Widerspruch tritt.

Es ist denkbar, daß der dinglich Berechtigte in Folge besonderer Umstände der Klagemöglichkeit dauernd beraubt ist. Dies war nach römischem Rechte namentlich dann der Fall, wenn ein Erwerber die Sache dreißig Jahre besessen hatte und in Folge dessen durch Klageverjährung gegen den Eigenthümer geschützt war, ohne daß er ersessen hatte.[20] Doch nur gegen den Präskribenten und dessen Rechtsnachfolger war die Eigenthumsklage ausgeschlossen, gegen Dritte, die zufälligerweise in den Besitz kamen, hatte sie volle Kraft.

§ 193. Bonitarisches, provincielles Eigenthum.

Es ist eine häufige geschichtliche Erscheinung, daß Besitzer, welche nicht Eigenthümer sind, deren Besitz aber vom Eigenthümer stammt oder die Weihe der Zeit für sich hat und die mit der Sache wirthschaften, auf ihr leben, bestrebt sind ihre Rechte zu erweitern und zu Eigenthümern in stillem oder offenem Kampf mit den legitimen Eigenthümern zu werden. Meist endigen solche Kämpfe mit dem endlichen Siege des Besitzers. Die römische Rechtsgeschichte giebt dafür Beispiele im bonitarischen und im provinciellen Eigenthume.

1. Die klassischen römischen Juristen unterschieden das quiritarische Eigenthum und das in bonis esse.[1]

Nach altrömischem Civilrecht bedurfte es nämlich zur Veräußerung

20) Vgl. oben § 150 Anm. 2.

1) Gaj. Inst. II §§ 40, 41, 54. I § 167. Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8 n. 1. C. Appleton, histoire de la propriété prétorienne, Paris 1889 2 vol.; Erman, Ztschr. d. Savignystift. rom. Abth. Bd. 11 S. 212, Bd. 13 S. 173; Audibert in der nouvelle revue historique du droit français Bd. 14 S. 269.

Digitized by Google

von res mancipii[2] entweder der mancipatio[3] oder der in jure cessio; die Tradition gab an solchen Sachen kein Eigenthum; Käufer, welchen sie bloß tradirt waren, unterlagen also, solange sie nicht ersessen hatten, der Vindikation des Verkäufers und seiner Rechtsnachfolger.[4] Doch mancipatio und in jure cessio wurden bei dem Wachsthume des römischen Staates wegen des Erfordernisses der Gegenwart der Betheiligten bei diesen Akten oft lästig, zuweilen praktisch unausführbar. Dieselben waren auch wegen ihrer Unfähigkeit, Bedingungen aufzunehmen, nicht geschmeidig genug für die Bedürfnisse des entwickelten Verkehres.[5] So geschah es, daß Mancher sich mit der bloßen Tradition der res mancipii begnügte, welche sich auch unter Abwesenden vollziehen konnte.

Der Prätor trat solchen Erwerbern schützend zur Seite; durch exceptio rei venditae et traditae sicherte er sie im Besitze gegen die Vindikation ihres Verkäufers[6] sowie der Rechtsnachfolger desselben[7] und gab ihnen im Falle des Verlustes des Besitzes die actio Publiciana,[8] so daß der etwa entgegengestellten exceptio dominii eine replicatio rei venditae et traditae die Spitze bot.[9]

---

2) Vgl. über diese Objekte oben § 67 bei Anm. 5.

3) Siehe oben § 97, Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 47 ff.

4) Gaj. Inst. II § 41.

5) Zutreffend bemerkt Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3 Abth. 1 4. Aufl. S. 261: „Was unser heutiges pactum reservati dominii oder pactum displicentiae bezweckt, dazu diente in Rom bei res mancipii die Tradition derselben mit Aufschub der Mancipation."

6) Die exceptio rei venditae et traditae lautete wohl „si non Ns Ns Stichum q. d. a. ab Ao Ao emit isque ei traditus est." Dies entspricht der Fassung der a. Publiciana und hierauf deutet l. 32 § 2 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1; die Bezeichnung „rei venditae et traditae" beweist nichts dagegen; sie war geboten um den Wechsel der hinzuzudenkenden Subjekte zu vermeiden. l. 7 § 1 D. de cur. 27. 10, l. 14 D. de Publ. 6, 2 behandeln besondere Fälle und kommen für die Frage der Fassung der regulären exceptio nicht in Betracht. Die Veranlassung zu der jetzt vertheidigten Annahme gab mir Hugo Krüger, exc. doli Heft 1, vgl. dazu Erman in d. Savignyzeitschrift rom. Abth. Bd. 14 S. 237.

7) Aus l. 4 § 32 D. de doli mali exc. 44, 4 ergiebt sich, daß es noch in der Hadrianischen Zeit zweifelhaft war, ob die exceptio den Rechtsnachfolgern des Veräußerers gegenüber zustehe; dadurch daß sich Julian hierfür erklärte, gab er der Entwickelung des bonitarischen Eigenthums den Abschluß. Aber erst Hermogenian formulirt in l. 3 § 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3 die Zulässigkeit der Einrede gegenüber den Rechtsnachfolgern des Veräußerers als festen Rechtssatz. So namentlich H. Krüger a. a. O. S. 83.

8) Das bezügliche Edikt führt an l. 1 pr. D. de Publiciana in rem actione 6, 2: si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes S. 1 ff. und edictum perpetuum S. 129 thut mit Recht dar, daß „non" auf einer Interpolation der Kompilatoren beruht. Noch weitere Interpolationen sind wahrscheinlich, siehe Lenel a. a. O. Gradenwitz in der Savignyzeitschrift rom. Abth. Bd. 12 S. 134, Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 340 ff. Die Klagformel siehe unten § 228 Anm. 3.

Digitized by Google

Wer res mancipii durch Tradition erwarb, hieß freilich auch jetzt nicht Eigenthümer, er hatte die Sache nur in bonis, in Wahrheit war er aber der Eigenthümer.[10] Sein Autor und dessen Rechtsnachfolger hießen Eigenthümer ex jure Quiritium, — aber sie hatten ein nudum jus, sie waren in Wirklichkeit Nichteigenthümer. Nur um der historischen Ueberlieferung willen und wegen der Konservirung gewisser formaler Rechte behielten sie den Namen des Eigenthümers, sprach man also von einem Doppeleigenthume.[11] Justinian aber hat das Scheineigenthum, das nudum jus Quiritium, ausgemerzt, nachdem die letzten Befugnisse, welche sich an dasselbe knüpften, verschwunden waren.[12 13]

2. Der Grund und Boden der von den Römern gewonnenen Provinzen stand bei deren Unterwerfung selbstverständlich zum großen Theile im Privateigenthume. Die Römer erkannten dasselbe auch, soweit es sich um eroberte Landstriche handelte, in der Weise an, daß sie

9) Das moderne Recht zeigt verwandte Erscheinungen. Deutschen Rechtsanschauungen entsprechend geht vielfach nach modernen Gesetzen das Eigenthum an Grundstücken nur durch Auflassung, d. h. eine Erklärung des Veräußerers und Erwerbers vor der Grundbuchbehörde und die sich anschließende Ueberschreibung im Grundbuche über. Wird unter der Herrschaft derartiger Gesetze ein Grundstück bloß verkauft und tradirt, aber nicht aufgelassen, so kann man dem Käufer die exceptio rei venditae et traditae rationellerweise nicht verweigern, wenn der Veräußerer oder wenn dessen Erben treuloserweise vindiciren. Geräth der Veräußerer in Konkurs, so steht dem Konkursverwalter folgerecht gleichfalls die Einrede entgegen, denn er macht nur die Rechte des Veräußerers geltend. Vgl. auch B.G.B. § 986 Abs. 1 Satz 1: Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigenthümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Wenn aber der eingetragene Eigenthümer das Grundstück einem Sekundus auflässt, nachdem er es dem Primus bereits verkauft und tradirt hat, dann kann sich Primus gegen Sekundus nicht schützen; sonst wäre die Kraft des Grundbuches zerstört, welche man im Interesse der Zuverlässigkeit der Uebereignung der Grundstücke festhalten will. In solchem Falle bleibt dem Primus, welcher aus dem ihm tradirten Grundstücke vertrieben wird, nur die Klage gegen seinen Verkäufer.

10) Eigenthumszutheilung durch den Prätor, z. B. an den bonorum possessor, ferner wegen hartnäckig verweigerter damni infecti cautio gab nicht civiles Eigenthum, sondern nur in bonis esse, welches erst durch Ersitzung in volles Recht verwandelt wurde. Gaj. Inst. III § 80, l. 13 § 16 D. de damno infecto 39. 2, l. 26 § 6 D. de nox. act. 9. 4, l. 2 § 1 D. si ex noxali causa 2, 9. Das Verhältniß des Eingewiesenen ist also ähnlich demjenigen des Erwerbers von res mancipii durch bloße Tradition; doch bestehen auch erhebliche Verschiedenheiten, insbesondere bezüglich der Klagrechte. Die Römer haben daher die prätorische Eigenthumszutheilung dem bonitarischen Eigenthume nicht untergeordnet; dies geschah erst durch die neueren Schriftsteller, vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 421.

11) Gaj. Inst. I §§ 17, 167. II § 196.

12) l. un C. de nudo jure Quiritium tollendo, 7, 25.

13) Im justinianischen Rechte giebt es noch einen Fall, in welchem der eine den Namen, aber nicht die Rechte des Eigenthümers, der andere dessen Rechte, aber nicht den Namen hat. Dies dann, wenn ein Nichteigenthümer eine Sache verkaufte und tradirte, und später Eigenthümer wurde. Der Käufer wird in Folge dessen nachträglich der Sache nach Eigenthümer, aber er heißt nicht so; ihn schützt vielmehr exceptio und replicatio rei venditae et traditae. Vgl. unten § 216 Anm. 9.

Digitized by Google

den Unterworfenen Besitz und Nutzgenuß ihrer Grundstücke zugestanden.[14] Zu Ende der Republik aber tauchte der Despotengedanke in der römischen Bürgergemeinde auf und erhielt Anerkennung, daß der gesammte Provincialboden Eigenthum des römischen Volkes sei. Folgerecht theilte man seit der Kaiserzeit den Boden in den kaiserlichen Provinzen dem Kaiser zu.[15] Immerhin behandelte man im Leben und nach den Edikten der Magistrate das Recht der Besitzer der Provincialgrundstücke dem Eigenthum analog. So bildete sich ein eigenartiges Provincialeigenthum. Gleichwohl diente das Eigenthum von Volk und Kaiser unter Umständen zum Vorwande willkürlicher Konfiskationen, so daß man die Grundbesitzer — meist unter geringer Entschädigung — von Haus und Hof vertrieb.[16]

Im justinianischen Rechte ist das Provincialeigenthum zum normalen Eigenthume geworden.

§ 194. Der gutgläubige Besitz.[1]

1. Bei aller Sorgfalt ist es nicht zu vermeiden, daß man im Verkehr irrthümlicherweise Sachen erwirbt, welche dem Veräußerer nicht gehören, oder zu deren Veräußerung derselbe, obgleich Eigenthümer, nicht legitimirt ist.

Dies kann das Recht geradezu dazu bestimmen, redliche Erwerber zu Eigenthümern von solcher Art erworbenen Sachen zu machen. Damit erleichtert es den Verkehr, erschüttert aber auch die Festigkeit des Eigenthums.

Dem römischen Rechte ist dies fremd geblieben. Immerhin suchte man die Rechtsstellung gutgläubiger Erwerber so günstig zu gestalten, als unbeschadet des Rechtes des Eigenthümers der veräußerten Sache geschehen konnte.[2]

---

14) lex Antonia de Thermess. 2, 31 ff., Bruns, fontes ed. 6 p. 94, Gaj. Inst. II § 7, Pernice, Parerga II in der Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abth. Bd. 5 S. 62, Mitteis, Reichsrecht 1891 S. 112 Anm. 4 und dort Angeführte, vgl. auch Erman a. a. O. S. 270, Hegelmaier, Grundeigenthum im öff. Recht § 3.

15) Gaj. Inst. II § 7. Das Nähere siehe bei Pernice a. a. O.

16) Ein Beispiel giebt Paulus l. 11 pr. D. de evict. 21, 2.

1) Brinz bonae fidei possessio, Festgabe zu Arndts Doktorjubiläum, Kley Wesen d. gutgl. Besitzes, Gött. Inaug.-Diss. 1891, und die oben § 193 Anm. 1 Citirten.

2) Redlicher Erwerb ersetzt also dessen Rechtmäßigkeit nicht. Das deutsche Recht macht jedoch den redlichen Erwerb in vielen Fällen zum rechtmäßigen. Hierüber Näheres bei der Tradition, unten § 212. — Wer eine Sache rechtmäßig d. h. den gesetzlichen Anforderungen entsprechend erwirbt, wird Eigenthümer, auch wenn er irrig glaubt, dieselben seien nicht vorhanden l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia. Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis, et

Digitized by Google

Dabei ist man aber nicht weiter gegangen als die Verkehrssicherheit fordert.

2. Als redlicher — gutgläubiger — Besitzer gilt nur, wer seinen Erwerb entschuldbarer Weise für rechtmäßig hält. Nutzen des Verkehrs und Ethik fallen hier zusammen.[3]

a) Allerdings wollen Manche die Redlichkeit bloß negativ bestimmen als Nichtkenntniß eines bestehenden Mangels.[4] Danach wäre z. B., wer den Verkäufer seines auffallenden Wesens halber beim Erwerb für einen Dieb hielt, während derselbe zwar Eigenthümer, aber, was der Käufer nicht wußte, geisteskrank war, gutgläubiger Erwerber; denn er kannte in solchem Fall den bestehenden Mangel der Geisteskrankheit nicht und der von ihm unterstellte Mangel des Nichteigenthums des Verkäufers bestand nicht! Doch welches Interesse hätte Verkehr und Recht, einen solchen Erwerber zu begünstigen?[5]

Diese Auffassung ist also verfehlt. Guter Glaube ist vielmehr positiv, die Meinung rechtmäßigen Erwerbes. Es ist aber nicht gerade nothwendig, daß man glaubt, Eigenthümer geworden zu sein,[6] wenn dies auch das Gewöhnliche ist. Daher ist in gutem Glauben auch wer weiß, daß er nach den Gesetzen nicht Eigenthümer wurde, wenn er nur unter Zustimmung und mit Willen des Eigenthümers Eigenthumsbesitz hat.[7][8]

---

ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

3) l. 44 pr. D. de usurp. 41, 3. Vgl. B.G.B. § 932 Abs. 2: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört." — In seiner Polemik gegen die herrschende Ansicht hat Petražycki, Fruchtvertheilung S. 165 diesen Zweck nicht in Betracht gezogen. Um einen „Tugendpreis" für Redlichkeit auf Kosten des Eigenthümers handelt es sich wahrlich nicht. Vgl. übrigens Petražycki selbst S. 147.

4) Vorzugsweise hat diese Ansicht Stintzing, das Wesen der bona fides 1852, vertheidigt S. 77.

5) l. 32 § 1 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 32 ad edictum: Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in jure erranti non procedat usucapio. Siehe auch unten Anm. 7.

6) Früher pflegte man den guten Glauben mit der Ueberzeugung zu identificiren, Eigenthümer geworden zu sein. So Möllenthiel, guter Glaube bei d. Verjährung 1820 § 4.

7) l. 5 pr. D. pro derelicto 44, 7. Pomponius libro 32 ad Sabinum. Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est. Der erste Theil der Entscheidung ist dunkel, vgl. über ihn Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft

Digitized by Google

b) Besonders hervorzuheben ist, daß nicht oberflächliches Meinen gutgläubigen Besitz giebt. Um die Stellung eines redlichen Besitzers zu haben, muß man vielmehr beim Erwerb vorsichtig und sorgfältig zu Werke gegangen sein. *Wer sich in Folge unentschuldbaren Irrthums als berechtigt ansieht, gilt nicht als gutgläubig.* Daher genügt insbesondere Rechtsirrthum in der Regel nicht.[9]

c) Wie verhält sich der *Erwerbstitel zum guten Glauben?* Lange Zeit lehrte man, der Titel sei die *Rechtfertigung* des guten Glaubens und das Beweismittel für ihn.[10] Dies nehmen heutzutage nur Wenige noch an. Ist doch ein Titel auch Kauf zu einem Spottpreis, eine Schenkung. Und doch liegt in solchen Titeln sicher kein Beweis dafür, daß man den Verkäufer oder Geschenkgeber, welcher die veräußerte Sache etwa gestohlen hat, für den Eigenthümer hält, daß man also redlich erwarb.

Andere wollen den guten Glauben zu einem *Supplement* des Titels machen.[11] Er sei zu definiren als der Glaube an das Ver-

---

Bd. 8 S. 50 ff., er gehört nicht hierher. Der zweite Theil spricht den Satz, um den es sich hier handelt, deutlich aus. — Schenkt ein Ehegatte eine ihm nicht gehörige Sache seinem Ehegatten, so ist ein Titel vorhanden, denn die Schenkung ist gültig, weil der schenkende Ehegatte nichts aus seinem Vermögen aufgiebt, und der Beschenkte ist redlich, weil er den Schenker für den Eigenthümer hält und mit Zustimmung des Eigenthümers zu besitzen meint. Da nun objektiv ein Titel und subjektiv Redlichkeit vorhanden ist, läuft die Ersitzung l. 25 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 3 D. pro donato 41, 6. Nicht anders verhält es sich mit l. 2 § 2 pro emptore 41, 4, wo der Besitz des Käufers unter Suspensivbedingung gleichfalls durch den Eigenthümer eingeräumt, also keinesfalls unredlich ist. Diese und ähnliche Stellen hat Stintzing a. a. O. S. 77 ff. für seine Theorie — vgl. oben Anm. 4 — zu verwerthen gesucht, sie stützen dieselbe aber in der That nicht, weisen vielmehr auf den hier vertretenen Gesichtspunkt hin.

8) Ist unter einer Gesetzgebung, welche zur Uebereignung von Grundstücken Auflassung beim Grundbuchamte und Eintragung im Grundbuche fordert, redlicher Besitzer, wer das Grundstück vom Eigenthümer kaufte und tradirt erhielt? R.G. Bd. 2 S. 308 verneint dies, weil der Besitzer das fremde Eigenthum kenne. Doch dies ist weder mit dem Begriffe der Redlichkeit, wie er sich aus dem sittlichen Bewußtsein ergiebt, noch mit dem positiven Rechte verträglich. Vgl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 109; Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts 2. Heft S. 163.

9) So insbesondere bei der ordentlichen Ersitzung, siehe oben § 87. Ob bei der außerordentlichen Ersitzung etwas Anderes anzunehmen ist, kann erst später untersucht werden, siehe unten § 222. Diese Frage war vorzugsweise der Gegenstand der Kontroverse zwischen Wächter, die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums 1871, und Bruns, das Wesen der bona fides bei der Ersitzung 1872, wozu vgl. Bruns, zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 S. 275. Bonfante essenza della bona fides im bulletino del istituto di diritto romano Bd. 6 S. 85 ff. Pernice, Labeo Bd. 2. 2. Aufl. S. 496.

10) Insbesondere äußert Savigny Bd. 3 S. 372: „Der Titel dient nicht nur dazu, die bona fides zu rechtfertigen, sondern auch das Dasein derselben als Thatsache so lange festzustellen, bis der Gegner die Unredlichkeit beweist.“ Dagegen namentlich Stintzing a. a. O. S. 57, Brinz Bd. 1 § 161 S. 629.

11) Dies ist die Ansicht von Brinz a. a. O.

Digitized by Google

äußerungsrecht des Autors bei einem titulirten Erwerb.[12] Aber in gutem Glauben ist auch, wer einen Titel, s. g. Putativtitel, nur zu haben vermeint. Guter Glaube ist ohne Titel wohl denkbar.

Guter Glaube und Titel sind hiernach begrifflich von einander unabhängig. Doch kann die Art und Weise des Titels zur Aufhellung der Frage der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Erwerbes allerdings Handhaben bieten.

3. Auch sind die wichtigsten Rechtswirkungen davon abhängig, daß Titel und guter Glaube vorhanden sind.

Titulirter, gutgläubiger Besitzerwerb einer Sache begründet nämlich ein eigenthumsähnliches, wenn auch bloß relatives, dingliches Recht — s. g. Publicianisches Recht. Denn er gewährt die actio Publiciana zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes,[13] giebt utiliter dem Eigenthümer dienende Klagen z. B. wegen Sachbeschädigung,[14] oder die Theilungsklagen,[15] und ermächtigt sogar die Sache zu belasten und insbesondere zu verpfänden, so weit das eigene Recht reicht.[16] [17]

Er bildet also ein Vermögensrecht.[18] Jedoch dem Eigenthümer der Sache gegenüber ist auch der titulirte redliche Besitz ohne Recht.[19] Darin liegt die Relativität der durch ihn begründeten Rechtslage.

Auch nicht titulirter redlicher Besitz ist nicht ohne Wirkung.

Insbesondere kommt der Fruchtertrag einer redlich, wenn auch nicht auf Grund eines Titels besessenen Sache, dem Besitzer zu.[20]

---

12) Vgl. Modestinus libro 5 pandectarum l. 109 D. de V. S. 50, 16. „Bonae fidei emptor" esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Vgl. Gaj. Inst. II § 73. pr. J. de usuc. 2, 6.

13) Vgl. unten § 228.

14) l. 11 § 8, l. 17 D. ad l. Aqu. 9, 2. Eisele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 n. 2.

15) l. 7 § 2 D. communi dividundo 10, 3. Eck, die doppelseitigen Klagen S. 105 ff.

16) l. 18, l. 21 D. de pign. 20, 1.

17) Geradezu äußert Paulus libro 18 ad edictum l. 136 D. de R. J. 50, 17: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. Daß dies nicht folgerecht durchgeführt ist, darüber vgl Ihering a. a. O. S. 104, Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Bd. 2 S. 306.

18) Weiter geht Brinz a. a. O. Er bezeichnet den titulirten Besitz geradezu als „bonitarisches Eigenthum". Daß der gutgläubige Besitz nach l. 49 D. de V. S. 50, 16 „in bonis nostris" ist, beweist dies aber bei der Vieldeutigkeit des Ausdruckes nicht. Sonst hätte auch der Superficiar „bonitarisches Eigenthum". Vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 2 2. Aufl. S. 435 ff. — Andererseits begründet gutgläubiger Besitz keineswegs bloß „werdendes Eigenthum", worin Scheurl Beitr. Bd. 1 S. 220 dessen Hauptbedeutung sucht.

19) l. 7 § 6 D. pro emptore 41, 4.

Digitized by Google

3. Das Publicianische Recht an der gutgläubig erworbenen Sache geht nicht unter, wenn der Erwerber hinterher zur Ueberzeugung kommt, daß die Sache einem Dritten gehöre — s. g. mala fides superveniens.

Die Früchte der Sache fallen dagegen dem Besitzer derselben nur dann zu, wenn er noch zur Zeit ihrer Trennung gutgläubig ist.[21]

II. Miteigenthum.

§ 195. Begriff des Miteigenthumes.[1]

1. Unmöglich ist ausschließliches Eigenthum Mehrerer an derselben Sache in seinem ganzen Umfange — plurium dominium in solidum.[2] Möglich und häufig aber ist Miteigenthum zu ideellen Theilen — pro partibus indivisis.

2. Miteigenthum entsteht theils in Folge Gesellschaftsvertrages, theils ohne solchen.[3] Das Miteigenthum von Gesellschaftern wird durch den Gesellschaftsvertrag mannigfaltig modificirt, das Miteigenthum von Nichtgesellschaftern zeigt das Institut in seiner einfachen Gestalt. Von ihm ist hier vorzugsweise die Rede. Der hauptsächlichste und älteste Fall ist das Miteigenthum der Miterben am Nachlasse eines Verstorbenen. Miteigenthum entsteht ferner, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht wird. Auch zufällige Ereignisse endlich, z. B. die Konfusion von Metallmassen verschiedener Eigenthümer, können Miteigenthum herbeiführen.

3. Begrifflich ist das Eigenthum eines jeden der Gemeinschafter von dem Alleineigenthum nicht verschieden, denn es ist seiner Anlage nach auf die Totalherrschaft über die Sache gerichtet; durch das gleichartige

---

20) Näheres unten § 205.

21) l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 unten § 205 a. E.

1) Girtanner in Iherings Jahrbüchern Bd. 3 n. 2 S. 239; Goeppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum 1884; Steinlechner, das Wesen der juris communio. 1878; Eck, doppelseitige Klagen S. 88 ff. und Recensionen in der Münchener kritischen Zeitschrift Bd. 19 S. 223, Bd. 21 S. 118 ff.; Eisele, Miteigenthum im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 2; Rümelin, die Theilung der Rechte 1883; Scheurl, weitere Beiträge z. Bearbeit. des röm. R. 1. Heft, insbesondere S. 19 ff.; Czyhlarz, die Eigenthumserwerbsarten 1887 Bd. 1 S. 130 ff.; W. von Seeler, die Lehre vom Miteigenthum 1896. Mehr auf das Praktische geht Stölzel im hess. Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 4 S. 1, Kohler, „Anlagen an der Grenze, Miteigenthum" in seinen ges. Abhandlungen S. 167. Vgl. B.G.B. §§ 741 ff.

2) l. 5 § 15 D. commodati 13, 6, vgl. unten Anm. 12.

3) l. 2 pr. D. comm. div. 10. 3. Das nicht gesellschaftliche Miteigenthum nennen die Neueren communio incidens „quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum", l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2, vgl. l. 31 D. pro socio 17, 2.

Digitized by Google

Recht der Genossen wird es aber auf ein Theilrecht — eine Quote — beschränkt.[4] Das Miteigenthum gestaltet sich also durch die Konkurrenz. Soweit eine solche nicht eintrifft, erfaßt aber das Recht eines jeden Miteigenthümers die Sache vollständig. Hieraus erklärt sich, daß Gewinn aus der Sache, zu dessen Erwerbe der eine der Miteigenthümer unfähig ist, dem anderen ganz zufällt,[5] und daß im Falle des Unterganges des Eigenthumsrechtes des einen das Recht der anderen Miteigenthümer nothwendig wächst.[6] [7]

4. Die Quoten können gleiche oder ungleiche sein; im Zweifel sind sie gleiche.

5. Was ist getheilt? Die Römer redeten herkömmlicherweise von Theilen der Sache;[8] und zwar im Gegensatz zu realen Theilen von „ungetheilten Theilen" — partes indivisae.[9] Manche Neuere nehmen

---

4) Im Allgemeinen stimmen mit der hier vertretenen Ansicht Windscheid Bd. 1 § 169a Anm. 5, Steinlechner Abschn. 2 S. 37 ff., vgl. auch S. 250 ff. überein. Dagegen ist Eck, doppelseitige Klagen S. 97 und in der Münchener krit. Zeitschrift a. a. O., sowie Goeppert a. a. O. S. 46.

5) l. 1 § 4 D. de stipulatione servorum 45, 3 Julianus libro 52 digestorum . . . neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti, quia persona servi communis ejus condicionis est, ut in eo quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solius esset, cui adquirendi facultatem habeat. Vgl. l. 7 § 1, l. 8, l. 9 D. eod.

6) Gegen dieses Anwachsungsrecht Seeler a. a. O. S. 64. Nach älterem Rechte wuchs daher im Falle der Freilassung eines Sklaven durch einen Theileigenthümer dessen Antheil dem Miteigenthümer zu. Diese wenig billige Konsequenz wurde erst durch die Kaiser aus Humanitätsrücksichten durchbrochen. Ulpian. fragm. I § 18, Paul. sent. IV 12 § 1. fragm. Dosithei § 10, l. 1 C. de servo communi 7, 7. Bei einer Veräußerung des ideellen Theiles an Miteigenthümer kann die Form der Dereliktion oder der Tradition gewählt werden. l. 8 C. communia utriusque judicii 3, 38 verb. divisio relicta vel translata possessione finem accepit. So auch R.G. Bd. 13 S. 179. Tradition ist unentbehrlich, wenn ein Miteigenthümer nur einem von mehreren Miteigenthümern seinen Theil überlassen will.

7) Der Alleineigenthümer kann einen intellektuellen Theil seiner Sache nicht derelinquiren, l. 3 D. pro derelicto 41, 7. Modestinus libro 6 differentiarum. An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet: et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat. Die Entscheidung erklärt sich offenbar daraus, daß das Eigenthum nach ideellen Theilen nur durch die Konkurrenz Mehrerer entsteht. Andere Erklärungsversuche sind verfehlt, vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 132.

8) Insbesondere vindicirte der Miteigenthümer seine portio der Sache, l. 16 C. de rei vind. 3, 32, l. 6 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 30 D. de liberali causa 40. 12.

9) l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Nach der Parcellirung eines Grundstückes sind die einzelnen Parcellen selbständige Grundstücke, nicht Theile. Historisch sind sie jedoch Theile eines ehemaligen Ganzen. Dies kann namentlich in Folge von

Digitized by Google

sie beim Worte und vermeinen hiernach, die intellektuelle Theilung beziehe sich begrifflich auf die Sache selbst, so, daß der Idee nach jeder physische Punkt derselben als getheilt unter die Miteigenthümer gelte.[10] Doch Körperliches kann nur körperlich getheilt werden. In jenem römischen Sprachgebrauche lag also keine Begriffsbestimmung; er bildete nur eine bequeme und herkömmliche, aber keineswegs präcise Bezeichnung.[11]

Dies hat Celsus erkannt. Nicht die Sache, sagt er, sondern das Eigenthumsrecht an der Sache ist getheilt. Hiermit stimmten die späteren römischen Juristen überein.[12]

Natürlich handelt es sich nicht um eine Vertheilung der verschiedenen Befugnisse des Eigenthumes unter die Miteigenthümer. Dies widerspräche dem römischen Begriff des Eigenthumes. Das Eigenthumsrecht ist also unter die Miteigenthümer nicht nach seinem Inhalte, sondern nach seinem Umfange getheilt.[13] Diese Theilung tritt unmittelbar und von Rechtswegen ein, sofern es sich um theilbare Rechtswirkungen handelt; soweit dieselben untheilbar sind, entsteht eine Verpflichtung zur Ausgleichung nach Maßgabe der Theile. Insoweit hat also die intellektuelle Theilung nur die Bedeutung einer Theilungsvorschrift.[14]

Unmittelbar getheilt ist insbesondere das Recht eines jeden der Mit-

---

dinglichen Belastungen, die auf dem Ganzen ruhten und auf deren Theilen fortdauern, von rechtlicher Bedeutung sein. Vgl. Mommsen, die italienische Bodentheilung im Hermes Bd. 19 S. 293 ff.

10) So Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 27 S. 163 ff. und im Württ. Pr. Recht Bd. 2 S. 276. Aehnlich, wie es scheint, Karlowa Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 454.

11) In dieser Hinsicht ist richtig, was Eisele im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 52 hervorhebt: „Als die römischen Juristen anfingen, ihr Recht in wissenschaftlicher Weise zu erfassen, fanden sie größtentheils eine feste Terminologie, welche im praktischen Leben und so zu sagen instinktmäßig entstanden, zwar sehr oft dem Wesen der Sache adäquat war, aber nicht immer. Auch in solchen Fällen haben die römischen Juristen ganz mit Recht die hergebrachte Terminologie beibehalten."

12) l. 5 § 15 D. commodati 13, 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: et ait Celsus duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. So auch Papinian l. 66 § 2 D. de legatis II, Ulpian l. 50 pr. D. de legatis I, l. 7 § 3 D. de liberali causa 40, 12, l. 40 § 4 D. de damno infecto 39, 2, Modestinus l. 11 D. de servit. 8. 1. Windscheid Bd. 1 § 142 Anm. 10, früher Gegner von Celsus, hält seinen Widerspruch nicht mehr aufrecht. Er bezeichnet den Antheil als „Rechnungstheil". Eine Theilung des Rechts nimmt auch B.G.B. § 741 ff. an.

13) Scheurl a. a. O. S. 19 ff.

14) Nach Brinz Bd. 1 § 131 bedeuten die partes pro indiviso Antheile d. h. Theile, „nach denen sich die Partner in Gebrauch und Fruchtbezug, in Ausgaben und Einnahmen richten und nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich theilen oder sich sonst auseinandersetzen sollen". Mit Recht hebt Scheurl a. a. O. S. 25 hervor, daß dies nur für untheilbare Rechtswirkungen richtig ist.

Digitized by Google

eigenthümer zur Veräußerung und Verpfändung es steht ihm selbständig bezüglich seiner Quote zu.

Manche Schriftsteller verwerfen die Theilung des Rechtes wie diejenige des Objektes. Es bestehe nur eine Theilung des Werthes.[15] Aber der Werth ist nichts Selbständiges. Er ist ein durch Schätzung ermitteltes Verhältniß, in dem ein Gut zu anderen Gütern steht. Der Werth läßt sich daher nicht selbständig theilen, theilen läßt sich nur das bewerthete Gut.

§ 196. Rechtsstellung der Miteigenthümer.

I. Mit dem Miteigenthume ist ein Gegensatz zwischen den Rechten der einzelnen Miteigenthümer — den s. g. Individualrechten derselben — und dem Rechte der Gesammtheit gegeben.

Das römische Recht legt das Hauptgewicht auf die Individualrechte der Miteigenthümer und sucht dieselben möglichst selbständig zu gestalten. Doch können sie durch Verträge im Interesse der Gesammtheit eingeschränkt werden,[1] auch hat auf einseitigen Antrag richterliche Regulirung zu erfolgen, wo dies die wirthschaftlichen Verhältnisse nöthig machen.[2]

a) Völlig selbständig ist jeder Miteigenthümer bezüglich der Verfügung über seine Quote, er kann sie veräußern, verpfänden,[3] mit Nießbrauchsrechten belasten;[4] sie ist Gegenstand des gesetzlichen Nießbrauches am Vermögen des Miteigenthümers, sowie der Zwangsvollstreckung durch seine Gläubiger. Keine Beschränkung besteht in dieser Hinsicht zu Gunsten der Genossen,[5] insbesondere haben diese kein Vorkaufsrecht, wie es deutsche Partikularrechte für den Fall des Verkaufes an Fremde vielfach kennen.

15) Die Werththeorie vertheidigten Girtanner a. a. O. S. 239 ff. und Steinlechner a. a. O., früher Windscheid — siehe oben Anm. 12. — Gegen sie erklärt sich Eck, doppelseitige Klagen S. 93 und krit. Vierteljahrsschr. Bd. 19 S. 231.

1) l. 3 § 1 D. comm. div. 10, 3, vgl. l. 21 D. eod., l. 15 C. fam. erc. 3, 36.

2) Derartige Regulirungen wirken dinglich für und gegen die Rechtsnachfolger, da sie ein dingliches Verhältniß ordnen.

3) l. 2 C. de communium rerum alienatione 4, 52, l. 6 § 9 D. comm. div. 10, 3. Auch B.G.B. § 747 gewährt dem Miteigenthümer freie Verfügung über seinen Antheil.

4) l. 5 § 2 D. si ususfructus petetur 7, 6. Der einzelne Miteigenthümer kann aber die gemeinsame Sache nicht mit Realservituten beschweren, da hierdurch auch die Miteigenthümer belastet würden, l. 10 pr. D. de a. a. pl. arc. 39, 3, vgl. auch l. 41 D. de rel. 11, 7.

5) Hierhin gehende Tendenzen fanden sich auch im römischen Reiche, l. 3 C. de communium rerum alienatione 4, 52. Diocletianus. Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

Digitized by Google

b) Jeder Miteigenthümer hat ferner Anspruch auf den Mitbesitz der gemeinsamen Sache. Kann dieselbe z. B. eine Mobilie thatsächlich nur in einer Hand sein, so ist die Gewahrsam einem der Genossen oder auch einem Dritten anzuvertrauen, welcher für alle besitzt; sie kann auch unter den Genossen mit dem Gebrauch abwechseln.[6] Hierüber muß der Richter befinden, wenn die Parteien uneinig sind.[7]

c) Auch auf Antheil am Fruchtertrag hat jeder Miteigenthümer ein selbständiges Recht.[8] In der Regel handelt es sich dabei um Antheil vom Reineinkommen aus der Sache, welche gemeinsam oder für gemeinschaftliche Rechnung verwaltet wird.[9] Eine derartige Verwaltung kann bei der Erbengemeinschaft durch den Erblasser, sonst durch Vertrag der Miteigenthümer eingerichtet sein, im Fall der Uneinigkeit muß richterliche Anordnung eintreten.

Nur unter besonderen Verhältnissen darf jeder Miteigenthümer unmittelbar Naturalnutzung aus der gemeinsamen Sache entnehmen, z. B. durch selbständigen Auftrieb seines Viehs auf die gemeinsame Weide.[10]

d) Jeder Miteigenthümer ist befugt, das zur Erhaltung der gemeinsamen Sache Erforderliche selbständig vorzukehren. Er handelt hierbei auch für die Genossen, kann ihnen daher seine nothwendigen Auslagen mit Zinsen zu ihrem Antheile in Rechnung stellen. Die Reparatur gemeinsamer Häuser ist besonders begünstigt. Berichtigen nämlich die Genossen säumigerweise die Auslagen hierfür nicht binnen 4 Monaten zu ihrem Antheil, so verfällt ihr Miteigenthum am Hause zu Gunsten des Reparirenden, falls er es statt der Auslagen nehmen will.[11]

e) Was endlich Veränderungen und Verbesserungen der Sache betrifft, so bedarf es hierzu der Zustimmung sämmtlicher Genossen. Ist jedoch eine Veränderung ohne Einspruch der Genossen einmal vollzogen, so kann die Beseitigung nur gefordert werden, wenn sie im Interesse der Gemeinschaft liegt.[12]

---

6) Vgl. l. 7 § 10 D. comm. div. 10, 3.

7) Vgl. l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. fam. erc. 10, 2.

8) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1. Ebenso B.G.B. § 743.

9) Oben § 78 Ziff. 2 und 4.

10) Zuweilen findet sich zeitliche Nutzungstheilung. Sie hat freilich Gefahren, vgl. l. 23 D. h. t. 10, 3, l. 35 § 1 D. locati 19, 2.

11) l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2, l. 4 C. de aedificiis privatis 8, 10, römisch-syrisches Rechtsbuch Lond. § 98. Auch nach B.G.B. § 744 Abs. 2 ist jeder Miteigenthümer berechtigt, die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Maßregeln selbständig zu treffen. Das Verwirkungsrecht ist beseitigt.

12) l. 28 D. comm. div. 10, 3. Papinianus libro 7 questionum. Sabinus

Digitized by Google

f) Jedem Miteigenthümer stehen die Klagen, welche an das Eigenthum geknüpft sind, gegenüber Dritten, wie gegenüber den Miteigenthümern,[13] selbständig zu. Auch die Besitzesklagen hat in entsprechender Weise jeder Miteigenthümer.[14]

g) Die scharfe Betonung des individuellen Rechtes, insbesondere die Nothwendigkeit der Zustimmung aller Miteigenthümer zu Veränderungen und Verbesserungen, wäre unerträglich, wenn nicht jeder Theilhaber einseitig Theilung fordern könnte. In Folge dessen stehen die Genossen stets vor der Alternative, sich über gemeinsame Maßregeln einigen oder die Auflösung der Gemeinschaft gewärtigen zu müssen. Mit anderen Worten: die Möglichkeit der Theilungsklagen nöthigt die Genossen, solange ihnen die Gemeinschaft erwünscht ist, sich von Fall zu Fall zu vertragen.

II. Die römische Gestaltung des Miteigenthums ist keineswegs, wie einseitige Romanisten oft annehmen, die einzig mögliche.

Vielmehr kennt das deutsche Recht eine Ordnung, wonach die Miteigenthümer keine bestimmten ideellen Antheile haben, sondern nur gemeinsam an dem Gesammtvermögen betheiligt sind, — ferner über das Ganze Vertreter verfügen, die von Rechtswegen oder auch durch Mehrheitsbeschlüsse hierzu ermächtigt sind, wogegen die Theilungsklage ausgeschlossen oder wenigstens nur unter Beschränkungen zulässig ist.

Miteigenthum ohne bestimmte ideelle Theile der Genossen nennt man nicht selten Gesammteigenthum.[15] [16]

---

ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

13) Der Miteigenthümer hat gegenüber den Miteigenthümern vor allem die Vindikation seines ideellen Theiles, l. 3 § 2, l. 4 D. de rei vind. 6, 1. Im übrigen reicht im wesentlichen die a. communi dividundo aus. Ob der Miteigenthümer zur Geltendmachung seines Verbietungsrechtes gegenüber dem Miteigenthümer die actio negatoria anstellen könne, war bei den Römern bestritten; dafür war Marcellus l. 11 D. si serv. vind. 8, 5; die anderen Juristen waren dagegen, l. 26 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Vgl. Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 1 S. 95. Die cautio damni infecti, die operis novi nuntiatio galten als unzulässig gegenüber Miteigenthümern, da die a. communi dividundo ausreichte, l. 32 D. de damno 39, 2, l. 3 § 2 D. de o. n. n. 39, 1; das i. quod vi aut clam ist zulässig, l. 13 § 3 D. quod vi aut clam 43, 24. Siehe K. G. Schneider über den Einfluß der communio rei auf Klageberechtigung in Sells Jahrbüchern Bd. 1 n. 10, Brinckmann in der unten Anm. 1 angeführten Schrift S. 52.

14) l. 12 D. comm. div. 10, 3. Abweichend Seeler a. a. O. S. 17. Nach B.G.B. § 866 findet unter den Miteigenthümern ein Besitzesschutz nicht statt, soweit es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt.

15) Gesammteigenthum erkennt das B.G.B. bei der Gesellschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft, der Miterbengemeinschaft an.

Digitized by Google

§ 197. Die Theilungsklage.

Die Theilungsklage[1] — actio communi dividundo — verfolgt zweierlei Zwecke, nämlich einmal die Geltendmachung der aus der Gemeinschaft entspringenden Verpflichtungen der Miteigenthümer — der praestationes personales oder der Gemeinschaftsschulden — und zweitens die Theilung der gemeinsamen Sache.

Die Theilung bildete den historischen Ausgangspunkt der Klage und gab ihr auch den Namen. In Folge dessen konnten ursprünglich jene Verpflichtungen der Gemeinschafter nur nebenher bei Gelegenheit der Theilung geltend gemacht werden. Aber später wurden sie auch selbständig klagbar, sowohl dann, wenn eine Sachtheilung mit dem aus der Gemeinschaft verpflichteten Genossen unmöglich geworden war — z. B. im Falle seines Austritts aus der Gemeinschaft[2] oder nach Untergang der Sache[3] —, wie auch im Falle des Fortbestehens der Gemeinschaft mit dem Verklagten.[4]

1. Jeder Gemeinschafter ist verpflichtet, das gleichartige Recht des Miteigenthümers zu achten und ihm Theilnahme an Besitz, Gebrauch und Nutzung gemäß der allgemeinen Normen und besonderen Vereinbarungen oder richterlichen Anordnungen zu verstatten. In dieser Richtung geht die Klage auf Anerkennung, ferner auf Verbot von Uebergriffen seitens des Genossen,[5] endlich auch auf Verurtheilung zu Beiträgen für die Erhaltung der Sache.

Ferner schuldet jeder Miteigenthümer Ersatz wegen schuldhafter Beschädigungen sowie übermäßiger Perceptionen, endlich Erstattung von Auslagen.[6]

---

16) B.GB., das im Allgemeinen dem römischen Rechte folgt, gestattet doch § 745 Mehrheitsbeschlüsse nach der Größe der Antheile über die Verwaltung und Benutzung der Sache.

1) Die älteste Theilungsklage war die actio familiae erciscundae auf Theilung des gemeinsamen Nachlasses. Vgl. l. 1 pr. D. fam. erc. 10, 2. Von dieser Klage ist im Erbrecht zu handeln. Jünger ist die allgemeine Theilungsklage, die actio communi dividundo. Vgl. über sie A. Brinckmann, Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum 1885.

2) l. 6 § 1 D. comm. div. 10, 3.

3) l. 11 D. comm. div. 10, 3, l. 25 D. eod., l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3, l. 3 §§ 1 und 2 D. de o. n. n. 39, 1.

4) l. 14 § 1 D. h. t. verb. rectissime dicitur etiam impendiorum nomine judicium dari debere mihi in socium etiam manente societate.

5) l. 12, l. 23 D. comm. div. 10, 3; Eck, doppelseitige Klagen S. 98; Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 4; vgl. aber auch R.G. Bd. 12 S. 193.

6) l. 3 pr. D. comm. div. 10, 3. Ulpianus libro 30 ad Sabinum. In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive

Digitized by Google

a) Die Gemeinschafter stehen sich gegenseitig für culpa in concreto ein.[7]

b) Was man als Miteigenthümer aus der gemeinsamen Sache über seinen Antheil hinaus gewann, hat man den Genossen zu erstatten.[8]

c) Nothwendige[9] Auslagen, welche man als Miteigenthümer für die Gemeinschaft machte, sind antheilig zu erstatten.[10] Es kommt nicht in Betracht, ob man bei der Verwendung die Person der Genossen kannte oder sich über dieselbe irrte.[11] Verbot der Auslagen hindert die Entstehung des Anspruches nicht.[12]

Die Gemeinschaftsschulden sind bei der Theilung mit in Anschlag zu bringen; sie mindern daher den Antheil, welchen die Gemeinschafter aus der Gemeinschaft zu empfangen haben.[13] [14]

---

quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi. Lenel, edictum perpetuum S. 165 findet mit gutem Anscheine in den oben gesperrten Worten die Wiedergabe eines bezüglichen Theiles der Klageformel, dagegen Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 459 Anm. 1.

7) l. 25 § 16 D. fam erc. 10, 2, l. 8 § 2, l. 10 pr., l. 20, l. 26, l. 28 D. h. t. 10, 3.

8) l. 3 pr., l. 6 §§ 2 und 4 D. h. t. 10, 3. Der Genosse muß als solcher erworben haben. Ist dies nicht der Fall, so kann nur eine actio negotiorum gestorum angestellt werden, sofern deren Voraussetzungen vorhanden sind. l. 19 D. de neg. gest. 2, 18. l. 20 C. fam. erc. 3, 36. Vgl. übrigens Brinckmann a. a. O. S. 100. Seeler a. a. O. S. 15, 54.

9) Nothwendigkeit der Ausgaben fordert l. 25 § 15 D. fam. erc. 10, 2 . . . si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae judicio locus est. Dagegen wird in l. 6 § 12 D. comm. div. 10, 3 der Ersatzanspruch zugestanden, „si interfuit aedium hoc fieri". Da nach den Grundsätzen des römischen Miteigenthumes Verbesserungen ohne die Zustimmung der Genossen nicht zulässig sind, so ist der Anspruch auf nothwendige Ausgaben zu beschränken. Kosten bloß nützlicher Anlagen sind jedoch zu erstatten, wenn sie der Miteigenthümer ausdrücklich oder indirekt genehmigte. Das letztere kann auch in wissentlichem Geschehenlassen liegen. Vgl. noch Petražycki, Einkommen Bd. 1 S. 310.

10) Erforderlich ist, daß man ein gemeinsames Geschäft vollzog, l. 9 § 4 D. de rebus auct. judicis 42, 5, und zwar in Kenntniß, daß die Sache gemeinsam war. l. 29, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3. Sonst steht nur eine actio negotiorum gestorum zu, sofern deren Voraussetzungen begründet sind, vgl. Brinckmann a. a. O., Seeler a. a. O. Auch diese Ansprüche können bei Gelegenheit der Theilung geltend gemacht werden, aber sie haben nicht die Vorzüge der a. communi dividundo.

11) l. 6 pr., l. 29 pr. D. h. t. 10, 3.

12) Anderer Ansicht ist Brinz Bd. 2 § 323, jedoch ohne guten Grund.

13) Die Konkursordnung § 51 bestimmt: „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthum . . . befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen."

14) Kann man Gemeinschaftsschulden dessen, welcher seinen Antheil veräußert hat, seinen Rechtsnachfolgern in Rechnung stellen? Allgemein ist dies nicht zu bejahen, vgl. l. 4 § 4. l. 6 § 1 D. h. t. 10, 3. Aber Erstattung von Auslagen für die gemeinsame Sache wird man aus der Sache zurückhalten können, auch wenn der Genosse gewechselt hat, welchem die Sache zur Zeit der Verwendung gehörte, vgl. l. 14 § 1 D. h. t. 10, 3. Vgl. hierzu B.G.B. § 755 Abs. 2.

Digitized by Google

2. Jeder Miteigenthümer kann einseitig Theilung fordern.[15] Für immer, nahm man in Rom an, kann dies Recht weder durch Vereinbarung noch durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen werden; auf Zeit kann es entzogen werden, sofern dies zum Vortheil der gemeinsamen Sache gereicht.[16]

In einigen besonderen Fällen, in welchen die Fortdauer der Gemeinschaft durch die wirthschaftliche Lage nothwendig wird, kann die Theilung, welche werthzerstörend wäre, überhaupt nicht gefordert werden, z. B. bei Grenzmauern,[17] der gemeinsamen Einfahrt zweier Häuser,[18] einem mehreren Nachbarn gehörigen Brunnen.[19]

Behufs der Theilung hat der Richter das Recht des Eigenthumszuschlages — der Adjudikation — und der Verurtheilung — Kondemnation. Theilung bedeutet keineswegs bloß körperliche Zertheilung, sondern jede Weise der Auseinandersetzung, z. B. durch Zutheilung des Ganzen an einen Miteigenthümer gegen die Verpflichtung der Entschädigung der Genossen.

In erster Linie hat der Richter bei Ausführung der Theilung die Vereinbarung der Betheiligten zu beachten; in Ermangelung von Vereinbarungen wählt er nach freiem Ermessen unter den Anträgen der Betheiligten.[20]

Das Verfahren fand in Rom in den Formen der streitigen Gerichtsbarkeit statt. Heutzutage ist die Theilung ein Akt der freiwilligen

---

15) l. 5 C. h. t. 3, 37. Diocletianus et Maximianus: In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.

16) l. 14 § 2 D. h. t. 10, 3. Paulus libro 3 ad Plautium. Si conveniat ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet. Die Vereinbarung bindet auch die Singularsuccessoren der Paciscenten. l. 14 § 3 cit. in fine, l. 16 § 1 D. pro socio 17, 2, B.G.B. § 751. B.G.B. § 749 gestattet den Ausschluß der Theilung für immer und auf Zeit. Doch kann die Theilung dann immer noch aus wichtigen Gründen verlangt werden.

17) Bezüglich der Grenzmauern ist eine doppelte Behandlung denkbar. Man könnte, da sie auf der Grenze stehen, getheiltes Eigenthum — pro diviso — der Grenznachbarn annehmen. Vgl. oben 76 Anm. 4. Man kann sie aber auch als ungetheilt im Miteigenthum der Grenznachbarn stehend betrachten, als nach partibus indivisis gemeinsam. Die erstere Behandlung empfiehlt sich vom Standpunkt der bloßen Logik, die zweite ist aber die praktischere. Ihr huldigen denn auch die römischen Juristen, vgl. l. 8 D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 22 D. communi dividundo 10. 3, l. 52 § 13 D. pro socio 17, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Vgl. Ruete, Rechtsverhältnisse gemeinschaftlicher Mauern 1843, Kohler a. a. O. S. 167, Seeler S. 45.

18) l. 19 § 1 D. h. t. 10, 3. — Reelle Untheilbarkeit der gemeinsamen Sache ist kein Hinderniß, da die Auseinandersetzung auch ohne reelle Theilung geschehen kann.

19) Bei solchen untheilbaren Objekten wird eine Vereinbarung und in deren Ermangelung eine gerichtliche Regulirung hinsichtlich des Gebrauches besonders nöthig. So in l. 4 D. de serv. leg. 33, 3.

20) l. 21 D. h. t. 10, 3, l. 3 § 1 C. h. t. 3, 37.

Digitized by Google

Gerichtsbarkeit;[21] streitige Vorfragen entscheidet der Prozeßrichter auf Grund einer Klage des interessirten Theiles.

Kann ein Miteigenthümer Theilung gegenüber bloß einigen von mehreren Theilhabern durchsetzen? Ein solches Verfahren kann kein definitives Resultat geben, da es den nicht zugezogenen Theilhabern gegenüber nicht wirksam wird. Daher darf jeder Genosse fordern, daß alle zugezogen werden. Einige der Betheiligten können indessen auch ohne Zuziehung der übrigen verhandeln, indem sie unterstellen, daß die abwesenden Genossen später zustimmen werden. Dies Verfahren ist also nicht unzulässig, nicht nichtig.[22 23]

Bei gerichtlicher wie bei außergerichtlicher Theilung stehen sich die Miteigenthümer wie Verkäufer für Entwährung ein.[24 25]

Die Theilungsklage findet sich wie beim Miteigenthum, so auch bei gemeinsamen dinglichen Rechten und gutgläubigem Besitze.[26]

---

21) Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 § 86 ff., Reichsges. üb. d. Zwgsverst. v. 24. März 1897 §§ 180 ff.

22) Paul. sent. 1, 18 § 4 besagt: judex familiae erciscundae nec inter paucos heredes, sed inter omnes dandus est. Dagegen erklärt Ulpianus libro 19 ad edictum l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2: Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit und Paulus libro 23 ad edictum l. 8 pr. D. h. t. 10, 3 findet gleicherweise: Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest. In beiden Stellen wird nur bezeugt, daß die Betheiligten sich auf ein solches Verfahren einlassen können, durchaus aber nicht, daß sie es müssen. Ein Zwang, in ein Theilungsverfahren einzutreten, welches zu keinem abschließenden Resultate führen kann — vgl. l. 17 C. familiae erciscundae 3. 36 —, läßt sich nicht rechtfertigen. Obgleich der Ausspruch von Paul. sent. in Justinians Sammlung nicht aufgenommen ist, so hat er doch Gewicht und erläutert den Sinn der in die Kompilation aufgenommenen Stellen. Anders übrigens Zimmermann, über die Theilung unter wenigen von mehreren Kommunionsinteressenten im Archiv für civ. Praxis Bd. 34 n. 9 und n. 14. Zimmermann folgen die meisten Neueren, vgl. Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 26. Siehe auch R.G. Bd. 12 S. 193.

23) Derzeit regelt die Sache das Reichsgesetz über die freiw. Gerichtsbarkeit § 91 Abs. 2 ff.

24) l. 10 § 2 D. h. t. 10, 3. Ebenso B.G.B. § 757. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 35.

25) Ist eine Anfechtung der außergerichtlichen Theilung wegen Verkürzung eines Theiles zulässig? Dies behaupten Viele in Gemäßheit von l. 3 C. comm. utriusque judicii 3, 38 Diocletianus et Maximianus. Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri quia in bonae fidei judiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Mit Recht bemerkt aber Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 25, daß nach dem Schlußsatze nur die Regel der bonae fidei judicia zur Anwendung kommen soll und daß hierdurch das unbestimmte „perperam" seinen Sinn erhält. Vgl. auch die ursprüngliche Fassung in der l. 4 Cod. Gregoriani 3, 6.

26) l. 7 pr. bis § 13 D. h. t. 10, 3.

Digitized by Google

III. Inhalt des Eigenthumsrechtes.

§ 198. Grundeigenthum.

1. Das Eigenthumsrecht gewährt dem Individuum eine weite Sphäre selbständiger Verfügung. Insbesondere giebt ihm das Grundeigenthum die Verfügung über die Erdoberfläche und über dasjenige, was mit ihr in fester Verbindung steht,[1] und verleiht ihm das ausschließliche Recht über den Luftraum des Grundstückes[2] und das Erdinnere desselben mit seinen Bestandtheilen und Quellen.[3 4]

2. Daneben hat aber das Recht die Interessen der Nachbarn und der Allgemeinheit zu wahren. Es setzt zu diesem Zwecke dem Eigenthum Grenzen und legt den Eigenthümern Verpflichtungen auf.[5 6]

---

1) Vgl oben § 74 Anm. 2, aber auch unten § 208 a. A.

2) Vgl. l. 1 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 22 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum. Si quis projectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne supra id caelum. Pampaloni, sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo im archivio giuridico Bd. 48 S. 32.

3) l. 24 § 12 D. de damno infecto 39, 2, l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3, vgl. aber Anm. 12.

4) Die Herrschaft des Eigenthümers findet ihr natürliches Ende, wo die Möglichkeit menschlicher Beherrschung aufhört. Aber auch innerhalb dieser Sphäre giebt es ungeschriebene, in dem Zwecke des Privateigenthums begründete, in der allgemeinen Ueberzeugung wurzelnde Begrenzungen. Die Luftwege insbesondere für Vögel, Luftballons u. s. w. sind frei. — Eine Tropfsteinhöhle eröffnete sich neuerlich tief unter den Ackergrundstücken der Erdoberfläche. Waren die bäuerlichen Besitzer derselben befugt das Betreten ihres „Antheils" von der Höhle, deren Mundloch sich weit entfernt eröffnete, zu verbieten, beziehungsweise nur gegen ein Entgelt zu verstatten? Das erschien absurd. Der Gemeingebrauch tritt vielmehr bezüglich der Höhle in sein Recht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Werenberg in Iherings Jahrb. Bd. 6 S. 12, Ihering ebendas. S. 85 ff., Windscheid Bd. 1 § 168 Anm. 2. Vgl. B.G.B. § 905: „Das Recht des Eigenthümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigenthümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat."

5) Vgl. Dirksen, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 2 n. 16, Bekker, Jahrbuch Bd. 5 n. 10 und die Abhandlungen von Werenberg, Ihering, Hesse in Iherings Jahrbüchern Bd. 6 n. 1, 2 und 9.

6) Meist spricht man von Eigenthumsbeschränkungen. Doch Forderungen gegenüber dem Eigenthümer sind genau gesprochen keine Beschränkungen des Eigenthumes. Daher haben Manche die obligatorischen Verpflichtungen, welche dem Eigenthümer als solchem obliegen, aus der Lehre ausgewiesen, vgl. Brinz Bd. 1 S. 479. Damit ist sachlich nichts gewonnen, denn die innere Zusammengehörigkeit bleibt, vgl. Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 1. — Uebrigens handelt es sich bei den „Eigenthumsbeschränkungen" keinesfalls um Beschränkungen eines an sich volleren Rechtes, sondern um die immanenten Grenzen des Eigenthums. So Hartmann, dingliche Rechte an eigener Sache in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 124 ff., vgl. auch oben § 192 Anm. 7. Gegen Hartmann erklärt sich Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 3 S. 121.

Digitized by Google

Das Recht des Grundeigenthümers ist nach den nationalen Anschauungen, den jeweiligen Bedürfnissen, den Zeitströmungen von verschiedenem Umfang. Das römische Recht war der scharfen Ausprägung der Befugnisse des Eigenthümers mehr geneigt; im heutigen Rechte haben die socialen Momente eine größere Bedeutung gewonnen.

Die Förderung allgemeiner Interessen bezwecken folgende Rechtssätze: Die Besitzer von Ufergrundstücken haben die Inanspruchnahme der Flußufer für die Schifffahrt, insbesondere die Einrichtung eines Leinpfades zu dulden;[7] baupolizeiliche Beschränkungen dienen der öffentlichen Sicherheit, der Gesundheit, der Reinlichkeit sowie ästhetischen Rücksichten;[8] den Eigenthümern von Gebäuden in den Städten liegt deren Erhaltung ob;[9] im Rayon der Festungen sind reichsgesetzlich gewisse Anlagen verboten;[10] zahlreiche Verpflichtungen zu Naturalleistungen und Abgaben, z. B. Wegebauten, belasten die Grundbesitzer.[11]

3. Nach gemeinem deutschen Rechte steht die Gewinnung von Metallen und Salz den Grundeigenthümern als solchen nicht zu; sie ist demjenigen vorbehalten, welcher das Recht zum Bergbau ordnungsmäßig erworben hat.[12] Diese Trennung vom Grundeigenthum war wirthschaftlich gerechtfertigt. Die Kultur der Oberfläche und der Bergbau fordern

---

7) § 4 J. de rer. div. 2, 1.

8) Die römischen Bauordnungen waren für einzelne Städte bestimmt. Am berühmtesten ist das Gesetz Zenos für Konstantinopel, l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Ebenso sind heutzutage die Bauordnungen der Natur der Sache entsprechend örtliche. Vgl. vor allem Biermann, Privatrecht und Polizei. 1897 S. 120 ff.

9) l. 46 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 7 D. de officio praesidis 1, 18, l. 8 C. de aedificiis privatis 8, 10.

10) Reichsgesetz vom 21. Dezember 1871.

11) l. 14 § 2 D. de muneribus 50, 4.

12) Altrömisches Recht war, daß der Grundeigenthümer als solcher auch das ausschließliche Recht auf die Fossilien seines Grundstückes hatte, vgl. l. 77 D. de V. S. 50, 16. l. 7 § 14 D. sol. matr. 24, 3. Aber Landbau und Bergbau sind so verschiedene Geschäfte, daß dieser Rechtszustand im römischen Reiche nicht festgehalten werden konnte, vgl. Arndt, Bergregal 1879. Es bestanden vielmehr lokale Gewohnheiten, wonach der Grundeigenthümer Bergbau gegen eine Abgabe gestatten mußte, l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4. In den Provinzen aber schrieb man vielfach dem Staate das Recht an den Fossilien zu, was mit der Idee des Eigenthumes des Staates am Provinzialboden zusammenhängen mochte. Auch Privaten gestattete man häufig die Okkupation von Bergwerken gegen Abgaben, lex metallorum Vipascensis §§ 7 und 9, Tit. Cod. Theod. de metallis et metallariis 10, 19. Nach l. 3 C. de metallariis 11, 7 ist allgemein Bergbau auf Privatgrundstücken gegen Abgabe von $^1/_{10}$ des Ertrages an den Grundeigenthümer und von $^1/_{10}$ an den Fiskus zu gestatten. Dies kann unmöglich als gemeines Recht angesehen werden, wie Windscheid Bd. 1 § 169 Ziff. 10 thut. Welches die Grenzen und näheren Bedingungen eines solchen Rechtes wären, ist nicht geregelt. Das deutsche Bergrecht bildete sich in eigenthümlicher Weise aus. Nach Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 67 wird es durch dieses nicht berührt.

Digitized by Google

verschiedene Fähigkeiten, Neigungen, Kenntnisse. Beide haben auch räumlich in der Regel verschiedene Sphären.

§ 199. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines.

1. Der Grundeigenthümer ist regelrecht befugt, innerhalb der Grenzen seines Grundstückes zu schalten und zu walten, ohne Rücksicht auf die Interessen seiner Nachbarn.[1] Er darf seinen Acker in einen Steinbruch verwandeln, seinen Park in eine Miethskaserne, sein Wohnhaus in eine Fabrik, auch wenn es den Nachbarn mißfällt.[2] An der Grenze aber endigt sein Recht. *Ueber die Grenze hinaus sollen seine Bauten, Erker, Läden nicht hinüberragen, seine Bäume nicht wachsen.*[3]

So theilt ein einfacher Grundsatz Jedem das seine zu. Aber absolute Durchführung kann er nicht finden. Zahlreiche Rechtssätze mildern seine Starrheit und machen unmöglich, daß die Rechte des Eigenthumes zu übermäßigem Nachtheile der Nachbarn oder gar zur Beschädigung einer ganzen Gegend ausgebeutet werden.

2. Vor allem darf der Grundeigenthümer von seinen Rechten nicht böswillig *bloß zur Chikane* des Nachbarn Gebrauch machen.[4]

3. *Unbedeutende unverschuldete Grenzüberschreitungen* muß er sich dagegen gefallen lassen. Hierher kann eine geringe Senkung oder Ausbauchung der Mauer an der Grenze gehören.[5]

4. Von größter Wichtigkeit ist, daß schädliche, durch Luft oder durch Wasser vermittelte s. g. *Immissionen* in die Nachbargrundstücke nicht

---

1) Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 13; Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. 1880.

2) l. 26 D. de damno infecto 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum. Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur, mihi videtur vera esse Proculi sententia. Vgl. hierüber Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 2 S. 50 ff. — l. 24, l. 25 D. eod., l. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2, siehe ferner l. 9, l. 10 D. eod.

3) l. 14 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

4) Siehe oben § 41 Anm. 7.

5) l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Alfenus libro 2 digestorum. Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet jus non esse illum parietem ita projectum in suum esse invito se. Daß man gegen eine Ausbauchung der Mauer *unter* einem halben Fuß *niemals* ein Klagerecht habe, ist hier nicht gesagt und nicht anzunehmen. Die Billigkeit im Einzelfalle muß maßgebend sein.

Digitized by Google

zulässig sind, sofern sie das gewöhnliche Maß überschreiten.[7][8] Dahin können gehören: Rauch und Dampf von Fabriken, Kohlenstaub von Kohlenlagern, Feuerfunken von Lokomotiven,[9] Feuchtigkeit von einer Badeanstalt, schädliche Substanzen aus der Gasbereitung, Abflüsse, welche Quellen und Flüsse verderben. Auch gegen Gerüche sowie gegen Lärm ist Schutz zu gewähren, falls es sich um andauernde oder sich regelmäßig wiederholende außerordentliche Belästigungen handelt.[10][11][12] Die Klage

6) Für ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit erfolgten Ueberbau auf fremdem Grundstück enthält B.G.B. § 912 ff. dem Bauenden günstige Bestimmungen.

7) Das Eigenthum am Grundstücke giebt das Recht, die Sache in gewöhnlicher Weise zu benutzen, ohne daß in Betracht kommt, ob in Folge dessen etwas in des Nachbars Luftraum gelangt. In diesem Sinne schreibt Ulpianus libro 17 ad edictum l. 8 § 6 D. si serv. vind. 8, 5: Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest jus esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Ganz anders Windscheid Bd. 1 § 169 Ziffer 1, wenigstens vor der neuesten Auflage seines Werkes. Er rechnete unter die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, „daß sich der Eigenthümer eines Grundstückes eine nicht ungebührliche Einwirkung auf dasselbe, z. B. durch Rauch, Staub, Dampf, wie sie die Folge der durch die Natur des Grundstückes gegebenen gewöhnlichen Benutzung ist, gefallen lassen müsse". Dies war nicht richtig. Der Nachbar braucht sich jene Einwirkung nicht gefallen zu lassen, er kann sie durch Scheidewände oder andere Vorkehrungen abwehren. Ihm fehlt aber ein Verbietungsrecht, durch welches er den Nachbar an der gewöhnlichen Benutzung seines Grundstückes hindern könnte. So nunmehr auch Windscheid.

8) l. 8 § 5 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum. Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere jus illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi jus illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant, dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri. Aristo hat also unseren Rechtssatz bei Gelegenheit des Streites des Pächters der Käsefabrik zu Minturnä mit den umliegenden Grundbesitzern zuerst entwickelt, vgl. l. 19 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

9) R.G. Bd. 7 S. 266.

10) Die Frage, ob man wegen Lärms oder wegen der Gerüche, die vom Nachbargrundstücke herüberdringen, ein Einspruchsrecht hat, ist sehr bestritten. Dagegen erklärte sich u. a. Spangenberg a. a. O. S. 271, dafür sind Ihering a. a. O. S. 111 ff. und Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 20. Vgl. auch Sturm, Beiträge 1891 III. Windscheid stützt sich darauf, daß die Verbreitung des Geruches mittels Ueberführung von gasförmigen Körpern, die Belästigung durch Lärm mittels der Schwingung von Schallwellen geschehe, so daß der Gesichtspunkt der Juristen ausreiche. Das R.G. Bd. 6 S. 217 sieht hiervon ab. Das Eigenthum sei verletzt nicht bloß wenn die Integrität der Sache beschädigt werde, sondern auch dann, wenn die Benutzbarkeit der Sache aus einem Grunde verhindert oder erschwert werde, welcher sich gegen die Menschen selbst richte, deren Bedürfniß durch die an dieser Stelle befindliche Sache befriedigt werden solle. Uebrigens kommt gerade bei Geruch und Lärm — R.G. bei Gruchot Bd. 32 S. 933 — auf die besonderen Verhältnisse viel an. In der Fabrikvorstadt wird man Mehreres dulden müssen, als im Westend oder dem Geheimrathsviertel der Residenz. Ueber einen Fall, in welchem Klägerin selbst ihr gottesdienstliches Gebäude dicht an

Digitized by Google

des Nachbarn ist die actio negatoria, da ein ungerechtfertigter Eingriff in sein Eigenthumsrecht vorliegt. Sie geht gegenüber polizeilich genehmigten Fabrikanlagen nicht auf Einstellung des Betriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche den Schaden verhindern, oder wenn dies nicht ausführbar ist, auf Entschädigung.[13] Ersatz des den Nachbarn zugefügten Schadens ist für die Zeit vor der Klageerhebung nur wenn ihn der Nachbar voraussehen und hindern konnte, also im Falle seiner Verschuldung, für die Zeit nachher schlechthin zu leisten.[14]

§ 200. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen.

Die positiven gesetzlichen Bestimmungen über die Nachbarverhältnisse stammen größtentheils aus ältester römischer Zeit.

1. Nach dem Rechte der 12 Tafeln mußte zwischen Gebäuden ein *Zwischenraum von mindestens* $2\frac{1}{2}$ Fuß — der ambitus — frei bleiben.[1] Dies wurde nicht römisches Reichsrecht.

Es soll aber der Richter bei der Grenzscheidungsklage — natürlich auch bei der Theilungsklage — die Grenze möglichst in der Art ziehen, daß ein entsprechender Abstand von den Anlagen des Nachbars bleibt.[2]

Neubauten sollen ferner der Tenne des Nachbarn den Luftzug nicht benehmen.[3] Man hat den Satz zuweilen auf konzessionirte Windmühlen übertragen; gemeinrechtlich ist dies nicht begründet.[4]

2. Auf das Nachbargrundstück herüberfallende *Früchte* bleiben nach römischem Rechte *dem Eigenthümer der Bäume, denen sie entfielen*. Er darf sie daher auf dem Nachbargrundstück aufleſen,

---

die Werkstätte des Beklagten, von welchem der Lärm drang, heranrückte, vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 34 S. 476.

11) B.G.B. §§ 906 ff. finden sich den gemeinrechtlichen entsprechende Bestimmungen.

12) Ueber ungehörige Beeinträchtigung der Nachbarn durch *Bienenzucht* siehe R.G. Bd. 12 S. 173, Seuff. A. Bd. 47 n. 97 (O.L.G. Stuttg.), Bälz, d. Recht an Bienen 1890 § 4.

13) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 26. Wie aber hat die Verurtheilung zu geschehen, um erzwingbar zu werden? Rocholl, Rechtsfälle Bd. 2 S. 379 empfiehlt, auf Entschädigung zu klagen für den Fall, daß sich der Beklagte nicht bis zum Urtheil zur Herstellung bestimmter entsprechender Schutzeinrichtungen erbietet.

14) arg. l. 5 C. de serv. 3, 34 „si injuriose exstruxit". Ist cautio damni infecti gefordert, so ist Schadensersatz in weiterem Umfange zu leisten, l. 29 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Vgl. überhaupt R.G. Bd. 6 S. 222. R.G. bei Gruchot Bd. 32 S. 889, aber auch Bolze, Praxis d. R.G. Bd. 13 S. 55.

1) So nach Karlowa, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 518. Festus v. ambitus. Vgl. l. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

2) l. 13 D. finium regundorum 10, 1. Vgl. Seuff. A. Bd. 47 n. 96 (R.G.).

3) l. 14 § 1 C. de servit. 3, 34.

4) Vgl. Vangerow § 297 Anm. 6, Seuff. A. Bd. 48 n. 246.

Digitized by Google

und zwar einen um den anderen Tag.[5] Anders und praktischer die Mehrzahl der Partikularrechte nach deutscher Rechtsansicht. Hiernach werden solche Früchte mit ihrem Herüberfallen dem Nachbarn zu eigen.[6]

3. Der Eigenthümer eines unbebauten Grundstückes hat die überragenden Zweige der Bäume des Nachbargrundstückes zu dulden, wenn sie 15 Fuß über dem Boden sind.[7] Der Eigenthümer eines Gebäudes braucht überragende Bäume nicht zu dulden.[8]

Hinüberwachsende Wurzeln sind gleichfalls zu beseitigen, wenn sie schaden, insbesondere wenn sie die Fundamente des Nachbarhauses gefährden.[9]

4. Das unten belegene Grundstück hat das vom höher belegenen abfließende Regenwasser aufzunehmen.

5. Der Nachbar ist verpflichtet, dem Nachbargrundstücke in Nothfällen den sogenannten Nothweg gegen Entschädigung zu verstatten.[10]

5) Das bezügliche Interdikt lautete nach l. un. pr. D. de glande legenda 43, 28: „glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.“ Glans stand für jede Frucht. Streitfrage ist, ob „tertio quoque die“ heißt: einen um den anderen Tag, was dem römischen Sprachgebrauche und der Natur der Sache entspricht, oder: je am dritten Tage, oder endlich: noch am dritten Tage, wie Aeltere vermeinten. — Auch actio ad exhibendum bestand, l. 9 § 1 D. ad exhibendum 10. 4.

6) Arthur Schmidt, das Recht des Ueberhangs und Ueberfalls 1886. Der deutschen Rechtsansicht folgt B.G.B. § 911.

7) l. 1 § 7 D. de arboribus caedendis 43, 27. Deinde ait praetor: quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. § 8. Quod ait praetor et lex XII tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur: et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. Die herrschende Meinung bezieht diese Bestimmung auf überhängende Bäume. Koch in Löhrs Magazin Bd. 4 Heft 3 S. 336 und namentlich Wächter, Pand. Bd. 2 S. 14 finden, daß es sich nicht um Ueberhängen handele, sondern um Bäume, die gegen das Nachbargrundstück hängen, ohne die Grenzen zu überschreiten. Es müsse der Nachbar die Aeste seiner Bäume unter fünfzehn Fuß lichten und einschneiden, wenn sie durch ihre Dichtigkeit dem benachbarten Grundstücke nachtheilig seien. Diese Annahmen sind verfehlt. Daß die Lichtung der Zweige nur zu geschehen habe, wenn sie durch Dichtigkeit dem Nachbargrundstücke schädlich würden, sagt das Interdikt nicht. Die Bestimmung hätte daher eine Allgemeinheit, in welcher sie unanwendbar wäre. — Muß der Nachbar Mauern, lebende Hecken, die jenseits der Grenze sind, dulden, so kann er auch kein Recht gegenüber dichten Zweigen haben, die sich der Grenze zukehren. Unter den Anhängern der richtigen Ansicht, wonach es sich um ein Ueberhängen der Zweige handelt, besteht weiter Meinungsverschiedenheit darüber, ob die Beseitigung der Zweige über oder unter fünfzehn Fuß von der Erde an gemeint ist. Sprachlich sind beide Ansichten möglich; sachlich ist nicht zu bestreiten, daß überhängende Zweige nahe der Erdoberfläche die Kultur im allgemeinen mehr behindern als Zweige, welche von der Erdoberfläche entfernt sind. Herrschend ist daher die letztere Ansicht — Nach B.G.B. § 910 ist der Nachbar zur Beseitigung der herübergewachsenen Wurzeln oder Zweige befugt, es sei denn, daß sie die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigen.

8) l. 1 pr. D. de arboribus caedendis 43, 27.

9) l. 1 C. de interdictis 8, 1.

Digitized by Google

6. Im römischen Reiche war vielfach Lokalstatut der Städte, daß die einmal bestehende Form der Häuser nicht zum Nachtheile der Nachbarn ohne deren Zustimmung geändert werden dürfe.[11] Dies hat zwar nur historische Bedeutung, ist aber zum Verständniß mancher Erscheinungen des römischen Rechtes wichtig.

Nicht selten, aber ungenau, bezeichnen Neuere die Nachbarrechte als Legalservituten.[12]

Zweites Kapitel.

Erwerb und Verlust des Eigenthumes.

I. Allgemeines.

§ 201. Die Erwerbsarten.[1]

Unausgesetzt treten neue Objekte in das Eigenthum der Menschen. Rastlos vollzieht sich aber auch der Umsatz der Güter von einer Hand in die andere, theils von Todeswegen — was unserer Betrachtung zunächst fern bleibt —, theils unter Lebenden.

Die moderne Systematik[2] unterscheidet nach einem wichtigen juristischen Kriterium den Eigenthumserwerb in abgeleiteten — derivativen — und nicht abgeleiteten — originären.[3] Der abgeleitete Erwerb ist durch das Eigenthum des Vorgängers bedingt, der nicht abgeleitete ist dies nicht. Derivativ ist namentlich die

---

10) Vgl. Menzel, das Recht des Nothwegs, n. 19 ff. der — Wiener — Juristischen Blätter 1896, insbesondere über die Frage, ob unmittelbare nachbarliche Beschränkung oder Recht auf Enteignung besteht. Dies Nachbarrecht kennt auch B.G.B. §§ 917, 918, es sei denn der Nothstand durch eine willkürliche Handlung des Eigenthümers hervorgerufen.

11) Man sollte „formam ac statum antiquorum aedificiorum" einhalten, soweit dies im Interesse der Nachbarn lag, l. 11 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. vgl. l. 41 § 1 D. eod., l. 12 C. de aedificiis privatis 8. 10. Dies entsprach der Weise der Kaiserzeit, welche mühsam das Bestehende erhielt, so daß nach und nach das Leben erstarrte.

12) Vgl. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 123: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigenthum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch andern als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen."

1) Czyhlarz, die Eigenthumserwerbsarten bei Glück, Bücher 41, 42, Bd. 1, 1887.

2) Die Eintheilung der Römer in civile und naturale Erwerbsarten, je nachdem sie aus dem jus civile oder dem jus gentium stammen, l. 1 pr. D. de a. r. d. 41, 1, hat eine bloß historische Bedeutung. Vgl. über sie Czyhlarz a. a. O. S. 5.

3) Den Römern war diese Eintheilung unbekannt Vgl. über sie Czyhlarz a. a. O. S. 19. In etwas modificirter Gestalt ist sie dem preußischen Landrecht zu Grunde gelegt.

Digitized by Google

Uebereignung durch Tradition. Nicht abgeleitet sind diejenigen Erwerbsarten, welche herrenlose Güter einem Eigenthümer zuführen, z. B. die Okkupation, ferner auch einige, welche einen bloßen Wechsel des Eigenthumes vermitteln, insbesondere die Ersitzung.[4]

Unsere Darstellung soll zuvörderst von dem Eintritt der Güter in das menschliche Eigenthum und dann von dem Umsatze des Eigenthumes handeln. Es ergiebt sich uns hiernach folgende Klassifikation:

a) Erwerb herrenloser oder neu entstehender Güter durch *Thätigkeit des Erwerbers*, insbesondere durch Okkupation und Specifikation.

b) Erwerb in Folge des Eigenthumes an einer anderen Sache.

Erwerb von Sachen in Folge des Eigenthumes an anderen wird *Accession* genannt. Es kann sich dabei um eine bloße *Erweiterung* der Hauptsache handeln — Accession im engeren Sinne[5] —, oder um Erwerb von Sachen, welche *selbständige Vermögensobjekte* bilden,[6] z. B. die Schatzhälfte des Grundeigenthümers, die Insel im Flusse.

c) Wechsel des Eigenthumes in derivativer Weise.

d) Wechsel des Eigenthumes durch Ersitzung.[7]

§ 202. Das Eigenthumsrecht und die Sache.

Es gilt der Satz: *eine Sache, ein Eigenthum.*[1] An körperlichen Bestandtheilen einer Sache kann daher während der Verbindung ein besonderes Eigenthum nicht entstehen.[2]

Die Fortdauer des Eigenthumes ferner ist durch die Erhaltung der Sache bedingt. Doch bleibt es bestehen, wenn sich die Sache bloß verändert.

Was aber sind die Bedingungen der Erhaltung der Sache? Ist es die Substanz oder ist es die Form, welche ihre Identität bestimmt?[3]

---

4) Siehe oben § 81 Anm. 1.

5) l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1, l. 26 § 1, l. 27 § 2 D. de a. r. d. 41, 1.

6) Dieser Begriff der Accession ist quellenmäßig, vgl. l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1, insbesondere die Worte der Einleitung, unten § 207 Anm. 13 abgedruckt. Er entbehrt auch nicht innerer Berechtigung. Aber freilich darf man Accession nicht, wie häufig geschieht, mit „Verbindung" übersetzen. Dies hat Bechmann, Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession 1867, zu dem Versuche geführt, den Begriff der Accession auf die Fälle der Verbindung zu beschränken.

7) B.G.B. behandelt getrennt Erwerb und Verlust des Eigenthums an Grundstücken — § 925 ff. — und an beweglichen Sachen — § 929 ff.

1) Brinz Bd. 1 § 130. Vgl. jedoch oben § 77 Anm. 11. Das B.G.B. sucht dies schroff durchzuführen.

2) Vgl. oben § 78 Anm. 15 ff. bezüglich der Früchte.

Digitized by Google

Die Gleichheit der Substanz ist nicht unumgänglich. Das Thier, die Pflanze bleibt dieselbe Sache, obwohl deren Substanz in beständiger Erneuerung begriffen ist und schließlich eine völlig andere wird.

Daher scheint das Erhalten der Form das Entscheidende zu sein.[4] Unbedingt kann auch dies nicht zugestanden werden. Der Most ist anderer Art als der ausgegohrene Wein, das Füllen hat eine andere Gestalt als das ausgewachsene Pferd. Niemand zweifelt aber an der Identität. Aber ein Schiff gilt als etwas Anderes als das Werkholz, aus dem es gebaut ist. Es gilt als neue Sache, neues Eigenthum.[5]

Nicht abstrakte Erwägungen, sondern thatsächliche Momente sind demnach maßgebend. Die Anschauungen des Lebens entscheiden. Sie halten nicht selten an der Identität fest, auch wenn sich Substanz oder Form ändern. Der Wechsel der Substanz wird namentlich dann nicht beachtet, wenn er sich allmählich vollzieht. Die Umgestaltung der Form andererseits ist in Fällen nicht wesentlich, in welchen die Identität der Substanz vor Augen liegt. Die Erhaltung des Namens der Sache kann für die volksthümliche Anschauung einen Fingerzeig geben. Entscheidend ist auch dieses Kriterium nicht.

II. Okkupation und Specifikation.

§ 203. Okkupation.

Herrenlose, des Eigenthumes fähige Sachen werden Eigenthum des Okkupanten, falls das Recht über sie nicht anders verfügt.[1]

Okkupation ist die Besitznahme herrenloser Sachen mit dem Aneignungswillen. Das bloße Bemühen zu okkupiren giebt noch kein Vorrecht.[2] Der Okkupant braucht die Herrenlosigkeit nicht zu kennen. Wer herrenlose Sachen in diebischer Absicht an sich nimmt, wird also deren Eigenthümer.[3]

---

3) Vgl. auch O. Fischer, Die Probleme der Identität und der Neuheit 1892.

4) Schon die Glosse zu l. 7 § 5 D. de a. r. d. 41, 1 besagt „forma id est esse rei", vgl. Landsberg, Glosse S. 238. In interessanter Weise entwickelt diese Ansicht Bechmann, Rechtsgrund der Specifikation, im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 n. 2.

5) l. 18 § 3 D. de pign. a. 13. 7. Das Pfandrecht am Werkholz überträgt sich daher nicht auf das Schiff, obgleich dies dem Eigenthümer des Werkholzes anheimfällt. Vgl. freilich Czyhlarz a. a. O. S. 266, Sulzer, Specifikation 1884 S. 53.

1) l. 3 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. § 12 J. de rer. div. 2, 1. Leist, Natur des Eigenthums S. 73. Czyhlarz a. a. O. S. 29. Vgl. B.G.B. „Aneignung" § 958 ff.

2) l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

3) Vgl. l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6, abgedruckt oben § 194 Anm. 2. Gimmerthal im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 539 lehrte das Gegen-

Digitized by Google

Der Okkupation unterliegen Grundstücke[4] wie Mobilien, und zwar namentlich folgende Kategorien:

a) Objekte, welche noch nie im Eigenthume standen, namentlich solche, welche die Natur beständig neu erzeugt: die freien Thiere des Festlandes, der Flüsse und des Meeres,[5] Vogelnester und Eier, Honig wilder Bienen, Meeresprodukte, Eis der Flüsse.[6] Okkupirbar sind ferner noch nicht in Besitz genommene Meeresinseln.[7]

b) Was bereits im Eigenthume stand, aber durch erbloſen Tod des Eigenthümers, durch Dereliktion des Eigenthumes oder in anderer Weise herrenlos wurde, steht der Okkupation gleichfalls offen.[8] [9]

Befinden sich die herrenlosen Objekte auf privaten Grundstücken, so werden Kollisionen zwischen dem Okkupationsrechte und dem Grundeigenthume möglich. Dieselben treten namentlich bezüglich der jagdbaren Thiere hervor.

Der Grundeigenthümer war nach römischem Recht befugt, das Betreten seines Grundstückes zum Zwecke der Okkupation zu verbieten oder zu verhindern, z. B. durch Einzäunung seines Grundstückes. Der Okkupant, welcher sich trotzdem eindrängt, wurde zwar Eigenthümer des von ihm okkupirten Gegenstandes;[10] aber der Grundeigenthümer konnte

---

theil in Folge eines arg. a contrario aus l. 2 pr. D. pro derelicto 41, 7 Paulus libro 54 ad edictum: Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere; doch Paulus denkt dabei nur an den Fall, wie er sich gewöhnlich darstellt. An den sehr seltenen, daß man eine Sache wegnimmt, welche deren Eigenthümer gerade zufälligerweise ohne unser Wissen derelinquirt hat, denkt er nicht. Anders Karlowa Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 415.

4) Nach deutscher Rechtsauffassung unterliegen herrenlose Grundstücke der freien Okkupation nicht, sie sind vielmehr dem Staate oder den Gemeinden vorbehalten. Doch betrachtet man die freie Okkupation herrenloser Immobilien als gemeines Recht. B.G.B. § 928 Abs. 2 folgt der deutschen Rechtsauffassung.

5) l. 1 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, §§ 12 ff. J. h. t. 2, 1.

6) Vgl. oben § 69 Anm. 12.

7) l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

8) Vgl. über Dereliktion unten § 223 Anm. 2 und 3. Bloßes Aufgeben des Besitzes macht natürlich die Sache nicht herrenlos. In der christlichen Kaiserzeit bildete sich jedoch der Satz, daß man Eigenthümer verlassener landwirthschaftlicher Grundstücke werde, wenn man sie in Kultur nehme. Dem bisherigen Eigenthümer blieb nur ein Vindikationsrecht binnen zwei Jahren gegen Ersatz der für die Kultur aufgewendeten Kosten. l. 8 C. de omni agro deserto 11, 59, vgl. l. 11 C. eod. Gemeinrechtlich gilt dies nicht. Siehe übrigens Czyhlarz a. a. O. S. 96.

9) Nach römischem Rechte galten als herrenlos auch Sachen der Feinde. Sie fielen dem Okkupanten anheim, l. 51 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Eroberte Grundstücke dagegen wurden ager publicus, l. 20 § 1 D. de captivis 49, 15. Die römischen Grundsätze sind nicht gemeinrechtlich. Ueber das heutige Recht vgl. Heffter, Völkerrecht §§ 130 ff., §§ 150 ff., Bluntschli, das Beuterecht im Kriege 1878.

10) l. 3 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno, plane qui in alienum fundum ingreditur venandi

Digitized by Google

ihn ausweisen und gegen ihn possessorisch und negatorisch auf Verbot und Schadensersatz klagen.[11] Dies gab dem Grundbesitzer die Möglichkeit, aus der Jagd einen regelmäßigen Ertrag zu ziehen. Die Jagd galt in Folge dessen in Rom als Frucht des Grundstückes.[12 13]

Das gemeinrechtlich geltende deutsche Recht hat andere Normen. Der Eigenthumserwerb durch Okkupation ist nach demselben auf die Jagd- und Fischereiberechtigten beschränkt. Wer wildert, wird demnach nicht Eigenthümer des von ihm Erbeuteten.[14]

§ 204. Specifikation.[1]

Verarbeitung fremder Mobilien in neue Formen ist Specifikation. Entsteht hierdurch neues Eigenthum? Hierüber bestand unter den römischen Juristen ein Schulstreit.[2]

---

aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur. Vgl. l. 16 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

11) l. 3 § 2 D. uti possidetis 43, 17, l. 1 D. de loco publico 43, 9. Brinz Bd. 1 S. 569 Anm. 41 meint freilich, wer gegen Verbot gehe, sei nur injuriarum belangbar, für negatoria fehle es an der controversia juris, für uti possidetis an der controversia possessionis. Dies ist nicht zutreffend, vgl. oben § 186 S. 43. Siehe jedoch Czyhlarz a. a. O. S. 54 und dort Citirte.

12) l. 26 D. de usuris 22, 1, l. 12 § 12 D. de instructo 33, 7. Brinz S. 567 nimmt an, Frucht sei die Jagd nur, wenn in der Besitzung Jägerei, Fischerei bestehe und ein waidmännisch mit Jägern, Treibern, Jagdhunden und Jagdgeräthen unterhaltener Jagdbetrieb eine ständige Rente abwerfe. In der That kommt es aber nur darauf an, ob die Jagd einen regelmäßigen wirthschaftlichen Ertrag der Sache bildet, siehe oben § 78 Anm. 6.

13) Neuerdings haben Wächter, Jagdrecht in den Abhandlungen der Leipziger Juristenfakultät Bd. 1 S. 331, und Wendt in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 n. 8 vergeblich Scharfsinn aufgeboten, um aus den römischen Quellen ein Jagdrecht moderner Art zu konstruiren. Wendt S. 413 bemerkt mit Recht, die actio furti gegen den Wilderer stehe und falle mit dem von ihm vertheidigten Jagdrecht als der ausschließlichen Okkupationsbefugniß des Grundeigenthümers. Aber eine solche Klage gegenüber dem Wilderer aus den Quellen nachzuweisen, ist ihm nicht gelungen. Es genügt übrigens, die in Anm. 10 gedruckte Stelle zu lesen, um zu wissen, was von der Konstruktion Wächters zu halten ist. Siehe auch Schirmer i. d. Ztschr. f. Rechtsg. Bd. 11 S. 311, Ztschr. d. Savignystift. Bd. 3 S. 23, Czyhlarz a. a. O. S. 64, Landucci archivio giur. XXIX p. 386. Die richtige Ansicht hat schon die Glosse, vgl. Landsberg, die Glosse des Accursius S. 215.

14) Daß der Wilderer, welcher in fremdes Jagd- oder Fischereirecht eingreift, nach deutschem Rechte nicht Eigenthümer der Beute wird, ist herrschende Ansicht. Bestritten ist aber, ob der Wilderer als „unfreiwilliger Repräsentant" den Jagdberechtigten durch seine Okkupation zum Eigenthümer macht, oder ob die Sache herrenlos bleibt, bis sie an den Jagdberechtigten, oder auch an einen gutgläubigen Erwerber kommt. Das Letztere ist das Richtige. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 70, R.G. in Strafsachen Bd. 23 S. 89.

1) Meykow, die L. v. d. Eigenthumserwerbe durch Specifikation in Osenbrüggens Dorpater juristischen Studien S. 149 ff.; Bechmann, Rechtsgrund der Specifikation im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 n. 2; Fitting, Specifikation ebendaselbst Bd. 48 n. 1, 7, 13, Sulzer, Specifikation 1884; Czyhlarz a. a. O. S. 249; Ferrini im

Digitized by Google

Die Sabinianer verneinten den Eigenthumswechsel. Ihnen galt die verarbeitete *Materie* als die Hauptsache.[3] Die Prokulianer dagegen betrachteten in vorzugsweiser Betonung der umschaffenden *Arbeit* das Resultat als neue Sache. Sie theilten das Eigenthum daher dem Arbeiter zu.[4]

Die Ansicht der Prokulianer wurde die herrschende. Jedoch mußten den Gegnern erhebliche Konzessionen gemacht werden.

Dahin ist kaum zu rechnen, daß bloße Bearbeitung, z. B. Färben,[5] wie auch Enthüllen des bereits Vorhandenen, z. B. Ausdreschen von Getreide nicht genügt.[6] Denn dies ist nur eine sachgemäße Begrenzung des Begriffes der Specifikation.

Es stellte sich aber die Mittelmeinung fest und wurde von Justinian recipirt, daß dem Stoffeigenthümer das Arbeitsprodukt dann verbleibt,

---

bulletino dell' istituto di diritto romano Bd. 2 S. 182 und hierüber Schneider, krit. V.J.Schr. Bd. 36 S. 44; Paret, Specifikation 1892; O. Fischer, d. Problem der Identität und der Neuheit 1892 § 6; Sokolowski in der Savigny-Zeitschr. Bd. 17 S. 252. Vgl. V.G.B. § 950.

2) Gaj. Inst. II § 79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum. item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris; item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum? Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut cujus materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cujus materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem.

3) In neuerer Zeit wird meist behauptet, auch die Sabinianer seien von der Ansicht ausgegangen, die specificirte Sache sei nicht die alte, sondern eine *neue*, die jedoch dem Stoffeigenthümer zufalle. Dies ist nicht bewiesen. Es widerspricht auch der Erfahrung, daß man in einem wissenschaftlichen Streite dem Gegner von vornherein die wichtigste Prämisse seiner Ansicht zugiebt, falls dieselbe so sehr zweifelhaft ist wie hier. Vgl. oben § 202.

4) Nicht die schaffende Arbeit betrachten viele Neuere als das Bestimmende für den Erwerb des Specifikanten, sondern den Gedanken der Okkupation der herrenlos gewordenen Sache. Der Erwerb durch Specifikation wurzele nicht in materiellen, sondern in bloß formalen Erwägungen. So namentlich Bechmann a. a. O. Aber § 25 J. de rer. div. 2, 1 weist auf das Gegentheil hin, „cum non solum *operam suam* dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit". Vgl. auch Plinius, historia nat. XXXIV 2, 3: ars pretiosior erat; nunc incertum est pejor haec sit, an materia. Auf den Zusammenhang der Ansichten beider Schulen mit philosophischen Lehrmeinungen macht Sokolowski a. a. O. aufmerksam.

5) l. 26 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. V.G.B § 950 erweitert den Thatbestand der Specifikation unter Anderm auf Schreiben, Malen, Drucken, Graviren, überhaupt auf Bearbeiten der Oberfläche.

6) l. 7 § 7 in fine D. de a. r. d. 41, 1. Die entgegengesetzte Aeußerung in § 25 J. h. t. — Gaj. Inst. II § 79 ist wohl nur in Folge eines Versehens in die Kompilation mitübernommen.

Digitized by Google

wenn es in die alte Gestalt zurückführbar sei. Dies ist namentlich bei Metallarbeiten stets der Fall.[7][8] Gehört jedoch der verarbeitete Stoff dem Specifikanten auch nur zum Theil, dann fällt ihm das Arbeitsprodukt trotzdem zu.[9]

Rationeller war die Beschränkung, welche Paulus zur Geltung brachte, daß der Eigenthumserwerb des Specifikanten guten Glauben voraussetze.[10]

Darauf kommt nichts an, ob man persönlich specificirte oder durch Dritte, z. B. durch Gesellen, Fabrikarbeiter.

Der Specifikant kann auf seine Bereicherung vom Stoffeigenthümer in Anspruch genommen werden.[11]

---

7) l. 12 § 1, l. 24 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Die Mittelmeinung hat neuerdings in Sulzer a. a. O. S. 140 und Czyhlarz a. a. O. S. 337 Vertheidiger gefunden. Sie ist aber durchaus verfehlt; denn nicht das wird in Betracht gezogen, ob das Arbeitsprodukt ohne Werthzerstörung wieder in die alte Gestalt geführt werden kann, sondern ob dies physisch möglich ist. Es genügt also, daß ein Kunstwerk von Erz, dessen Werth das Hundertfache des Materials ist, wieder eingeschmolzen werden kann, um dem Künstler sein Arbeitsprodukt zu entziehen.

8) Eine praktischere Beschränkung trifft B.G.B. § 950, nämlich für den Fall, daß der Werth der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist, als der Werth des Stoffes.

9) So § 25 J. de rer. div. 2, 1. Vgl. Fitting a. a. O. S. 318 und im Archiv für civ. Praxis Bd. 59 n. 14. A. Ansicht Sulzer a. a. O. S. 78, dagegen aber Czyhlarz a. a. O. S. 350. Siehe auch Steiner im Archiv für civ. Praxis Bd. 72 S. 119.

10) Freilich ist dies sehr bestritten. Natürlich sind die Anhänger der Okkupationstheorie Gegner. Wer aber den Erwerb durch Specifikation auf die Verarbeitung gründet, muß es entsprechend finden, daß nur die „redliche Arbeit" geschützt wird. Die Quellen stehen entschieden auf dieser Seite. Vor allem l. 12 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Paulus libro 26 ad edictum. Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. Denn hier entscheidet Paulus, daß im Fall der mala fides des Verarbeitenden dem Stoffeigenthümer die actio ad exhibendum auf das Arbeitsprodukt z. B. die Kleider zustehe, weil dieses ihm gehöre, als aus seiner Sache entstanden. Das hat Brinz Bd. 1 § 149 S. 577 nicht widerlegt. Hiermit korrespondirt Paulus libro 54 ad edictum l. 4 § 20 D. de usurp. 41, 3. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit. Dem Bestohlenen wird ferner geradezu verstattet, das Arbeitsprodukt zu kondiciren, l. 52 § 14 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 37 ad edictum. Auch hieraus ergiebt sich, daß man dasselbe als dem Bestohlenen zu eigen und demnach selbst als gestohlen erachtete. Denn es ist dies etwas ganz anderes, als das Recht, bei der Kondiktion des gestohlenen Stoffes ein erhöhtes Interesse zu liquidiren, weil man daraus ein Arbeitsprodukt hätte herstellen können. Vgl. Sturm a. a. O. S. 123, Paret a. a. O. S. 26, Pernice, Labeo, Bd. 2 2. Aufl. S. 320 ff. Vom guten Glauben sieht ab B.G.B. § 950.

11) Mit der condictio sine causa. So auch B.G.B. § 951. A. Ansicht Czyhlarz a. a. O. S. 379.

Digitized by Google

III. Fruchterwerb.

§ 205. Die Fälle des Fruchterwerbes.[1]

Im Folgenden sprechen wir vorzugsweise vom Erwerb der von Grundstücken abgesonderten Früchte. Was von ihnen bemerkt wird, ist entsprechend auf andere fruchttragende Sachen anzuwenden.

Die Früchte gehören entweder dem Eigenthümer des Grundstückes oder anderen Nutzungsberechtigten.

1. Dem Eigenthümer fallen die Früchte seines Grundstückes unmittelbar mit der Trennung zu.[2] Dies ist Eigenthümerrecht, welches immer zur Geltung kommt, wenn nicht besondere und stärkere Nutzungsrechte bestehen. Der Eigenthümer erwirbt die Früchte seines Grundstückes, auch wenn er nicht in dessen Besitz ist, auch wenn ein Dritter pflanzte oder erntete.[3] Insbesondere wird er Eigenthümer der Früchte, die der bösgläubige Besitzer seines Grundstückes zieht.

2. Der Emphyteuta wird gleichfalls Eigenthümer der Früchte mit deren Trennung. Denn sein Recht ist dem des Grundeigenthümers nachgebildet.[4]

3. Der Nießbraucher dagegen hat keine eigenthumsgleiche Stellung, sondern nur das Gewinnungsrecht der Früchte. Hieraus folgerte man — namentlich auf die Autorität Julians hin[5] —, daß der Nießbraucher die Früchte erst durch die Perception, d. h. durch Besitznahme, erwerbe.[6] Daher bleiben die Früchte dem Grundeigen-

---

1) Vgl. oben § 78. Die einzelnen Fälle des Fruchterwerbes beruhen auf verschiedenen juristischen Gesichtspunkten; sie gehören theils zur Accession, theils nähern sie sich dem Erwerb durch Tradition, theils dem durch Specifikation. Vgl. B.G.B. § 953 ff.

2) Die Quellen heben dies vorzugsweise bei Thierjungen hervor, § 19 J. de rer. div. 2, 1, l. 2, l. 6 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 2 D. de r. v. 6, 1, um zu konstatiren, daß das Thierjunge dem Eigenthümer des Mutterthieres gehört, nicht dem etwa verschiedenen Eigenthümer des befruchtenden Thieres. Vgl. übrigens Czyhlarz a. a. O. S. 389.

3) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1 Julianus libro 7 Dig. . . . „fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur". So auch B.G.B. § 953.

4) l. 25 § 1 in fine D. de usuris 22, 1. Es ist anzunehmen, daß auch der Prekarist aus gleichem Grund Eigenthümer der Früchte mit deren Trennung wird.

5) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 cit., l. 13 D. qu. m. ususfructus 7, 4 und die unten Anm. 7 abgedruckte l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1.

6) Streitig ist, ob der Nießbraucher Eigenthümer an Thierjungen mit deren Geburt ohne Besitznahme wird. Man muß sich dafür entscheiden. l. 28 pr. D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum. In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Gajus schrieb, wie man aus dieser Stelle schließen darf, dem Nießbraucher Eigenthum an den Früchten mit der Separation zu. Er wendete dies nur speciell auf die Thierjungen an. Seinem gesunden praktischen Sinne widerstrebte die gekünstelte Lehre Julians, wonach der

Digitized by Google

thümer zu eigen, wenn der Nießbraucher nicht im Besitze des Grundstückes ist, ja selbst dann, wenn sie ein Dritter vom Nießbrauchsgrundstücke wegstiehlt.[7]

4. Der Pächter gewinnt die Früchte gleichfalls durch Perception. Sein Recht auf die Früchte ist nur ein obligatorisches. Nach römischem Rechte war es daher durch die fortdauernde Einwilligung des Grundeigenthümers bedingt[8] und hörte mit deren Zurücknahme auf, selbst wenn sie gegen den Miethkontrakt verstieß. Nach gemeinem Rechte hingegen ist eine derartige Zurücknahme ohne rechtliche Bedeutung.[9] Denn derzeit hat der Verpächter, wie später darzulegen ist, nicht mehr das Recht beliebiger Exmission des Pächters.

5. Die Früchte fallen endlich dem redlichen Besitzer des fruchttragenden Grundstückes zu,[10] nicht minder solchen Inhabern desselben, welche sich redlich für Nutzungsberechtigte halten.[11]

Nießbraucher die Früchte erst durch Perception zu Eigenthum erwarb. In der justinianischen Kompilation aber ist in Folge der Annahme der Doktrin Julians im allgemeinen, was Gajus als principielles Recht dachte, zu einem Sonderrecht für Thierjunge geworden. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 422 ff. und dort Angeführte. Uebrigens behaupten wir nicht, wie Czyhlarz meint, daß Julian die Perceptionstheorie erfand, sondern nur, daß er sie zur Geltung brachte. Nach B.G.B. § 954 erwirbt der Nießbraucher die Früchte mit deren Trennung.

7) l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Julianus libro 35 digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea ut interim fierent proprietarii mox apprehensi fructuarii efficientur . . . verum est enim condictionem competere proprietario. Ulpian benutzt also die Fassung des Einwandes des Marcellus, um denselben zu schlagen. Czyhlarz a. a. O. S. 438 Anm. 77.

8) l. 62 § 8 D. de furtis 47, 2, l. 4 § 1 D. de r. cr. 12, 1. Czyhlarz a. a. O. S. 459. Nach B.G.B. § 956 erwirbt der Pächter die Früchte mit deren Trennung.

9) Vgl. auch B.G.B. § 956 Abs. 1 S. 2.

10) Es bestehen drei Hauptansichten: a) Nach der einen wird der gutgläubige Besitzer Eigenthümer der Früchte. Dies war seit der Zeit der Glossatoren gemeine Meinung. Sie vertheidigten in der neueren Zeit u. a. Backe, bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit Berol. 1825; Vangerow Bd. 1 § 326 Anm. 2 Ziff. 2; Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 281; Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 154, Czyhlarz a. a. O. S. 469 ff., Petražycki, Fruchtvertheilung 1892 Abh. 2 S. 88. b) Savigny, Besitz § 22a S. 276 stellte die These auf: der gutgläubige Besitzer der Sache erhalte an den Früchten nur gutgläubigen Besitz. Ihm stehe daher nur die Usukapion von 3 Jahren offen. Die Grundlage dieser Ansicht war, daß die Früchte nichts als abgesonderte Theile der fruchttragenden Sache bildeten, auf welche deren Rechtsstellung übergehe. Daß diese Basis unhaltbar ist, darüber vgl. oben § 78 Anm. 19. Den Versuch, die These Savignys zu beweisen, machte Windscheid in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 4 n. 3 — vgl. auch Pand. Bd. 1 § 186 Anm. 12 — und Göppert, organische Erzeugnisse, in ausführlicher Darstellung. Göppert geht nicht historisch zu Werke, sondert auch die Ansichten der römischen Juristen nicht ge-

Digitized by Google

a) Der gutgläubige Besitzer wird unmittelbar mit der Trennung der Früchte deren Eigenthümer. Insoweit hat er bezüglich der Fruchtgewinnung dieselbe Stellung wie ein Sacheigenthümer.[12] —

Schon im Alterthum hat man nach dem Grunde dieses Fruchterwerbs gefragt. Man antwortete, der gutgläubige Besitzer erwerbe die Früchte, weil er die Sache in Kultur und Obhut hat. Es ist der Fruchterwerb der Specifikation ähnlich. Wie bei dieser handelt es sich um ein neu entstehendes Produkt, welches nach Billigkeit eher demjenigen zukommt, welcher es erarbeitet, als dem Stoffeigenthümer. Zweckmäßigerweise unterschied man jedoch nicht, ob es sich um Kulturfrüchte oder um wild wachsende Früchte der im redlichen Besitz befindlichen Sache handelt, auch nicht ob der gutgläubige Besitzer die Früchte selbst bestellte oder ein Dritter.[13]

---

hörig, und Stellen, die seiner Auffassung widersprechen, würdigt er nicht ausreichend. Daher hat er die Lehre wenig gefördert. c) Eine dritte Ansicht geht dahin, daß der bonae fidei possessor „interimistisches Eigenthum" erhalte. Dies sucht namentlich Koeppen, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor 1872 zu begründen, doch ohne Erfolg. Vgl. Waldeck im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 n. 15, siehe freilich auch Huschke im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 15. Eine Zusammenstellung der Litteratur giebt Petražycki a. a. O. S. 133 ff.

11) Vgl. l. 54 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, Petražycki, Fruchtwertheilung S. 106.

12) Ebenso B.G.B. § 955. — Sabinus erkannte das Eigenthumsrecht des gutgläubigen Besitzers an den Früchten noch nicht an, wie seine Schule auch bei der Specifikation streng an dem Satze hielt „meum est. quod ex re mea fit". Anders die spätere klassische Jurisprudenz. So dürfte sich der auffallende Widerspruch in l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 42 ad Sabinum erklären. Ancilla si subripiatur . . . concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu! Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu. Es ist anzunehmen, daß der Vordersatz einen Ausspruch des Sabinus, der Schlußsatz die ihn rektificirende Note Ulpians enthält. Anders Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 420.

13) § 35 J. de rer. div. 2, 1. Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Viele neuere Schriftsteller behaupten, dieser Passus sei von den Kompilatoren Justinians verfertigt. So u. a. Göppert a. a. O. S. 332, welcher „ungeschicktes Einschiebsel", „ärmlichen Schluß", „doktrinäres Mißverständniß" annimmt. Diese Verfertigung durch die Kompilatoren ist aber höchst unwahrscheinlich, vgl. auch Petražycki S. 150. Denn sie haben sich durchweg, soweit es sich nicht um das Konstitutionenrecht handelt, mit der Aufnahme von Bruchstücken alter Juristen begnügt. Auch hatten sie als Gesetzgeber nicht nöthig, auf die naturalis ratio und materielle Gründe des Fruchterwerbes zurückzugehen, wenn sie hierüber neue Anordnungen treffen wollten. Der Stil weist auf Gajus als Verfasser hin. Das die cultura und cura des gutgläubigen Besitzers als Grund seines Eigenthumserwerbes an den Früchten bei den klassischen Juristen eine Rolle spielte, ergiebt l. 45 D. de usuris 22, 1, wo Pomponius, welcher übrigens nach Julian schrieb, zwischen fructus industriales und naturales unterscheiden will, und l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 7 ad Plautium. Bonae fidei emtor non dubie

Digitized by Google

Guter Glaube genügt zum Fruchterwerb. Ein Titel des Besitzerwerbs ist nicht erforderlich.[14] Aber die Früchte fallen dem Besitzer auch nur so lange zu, als derselbe in gutem Glauben ist.[15]

b) Ungeachtet seines Eigenthums an den Früchten hat der redliche Besitzer die zur Zeit der Klageerhebung bei ihm noch vorhandenen Naturalfrüchte dem Eigenthümer des Grundstücks mit demselben herauszugeben, wenn dieser dasselbe vindicirt.[16]

Dafür sprachen wirthschaftliche Erwägungen. Durfte der Besitzer dem Eigenthümer dessen Gut entblößt von den vorhandenen Früchten herausgeben, wo nähme derselbe Brod und Fleisch zur Erhaltung des Gutspersonals, Flachs zu dessen Bekleidung, Heu, Stroh und Hafer zur Erhaltung des Viehstandes, Dünger und Saat zur Bestellung der Aecker her? In Rom, wo die Güter selbst gewöhnlich allen ihren Bedarf aufbrachten, mußte dies doppelt in das Gewicht fallen. Die Lage des Eigenthümers wäre eine traurige gewesen, die Kultur des Gutes hätte auf den tiefsten Stand sinken müssen.[17] Daß der Besitzer mehr

---

percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Offenbar machte man wie bei der Specifikation von der einen Seite den Gesichtspunkt des fremden Stoffes und von der anderen denjenigen der Arbeit zunächst geltend. Man hat aber schließlich das Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers auch in Fällen anerkannt, in welchen die Früchte nicht durch dessen Thätigkeit entstanden waren. Hiernach zu scheiden, wäre in der That kaum praktisch gewesen. Der Rechtssatz geht daher weiter als sein ursprüngliches Motiv. In l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 insbesondere stellt Julianus libro 7 digestorum fest, daß der gutgläubige Besitzer auch Eigenthümer der Früchte werde, wenn sie ein Dritter gesäet habe — also trotzdem sie nicht durch seine Thätigkeit erzeugt sind — und fährt fort: in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est. qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant. antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque a solo separati sunt. Vgl. Africanus libro 7 quaestionum l. 40 D. de a. r. d. 41, 1. Folgerungen aus dem Eigenthum des b. f. emtor an den Früchten zieht l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3, vgl. Petražycki a. a. O. S. 90. Pernice, Labeo, Bd. 2 2. A. S. 356 ff. hält an der Annahme von Interpolationen fest.

14) l. 48 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Vgl. oben § 194. Siehe übrigens Karlowa a. a. O. Bd. 2 S. 422.

15) l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 Paulus. Anderer Ansicht war Julian in l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1.

16) l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus: Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos. Kannten bereits die Pandektenjuristen die Restitutionspflicht des gutgläubigen Sachbesitzers bezüglich vorhandener Naturalfrüchte? Vgl. hierüber einerseits Czyhlarz a. a. O., andrerseits Petražycki a. a. O. S. 146.

17) Die Auffindung und Entwickelung dieses Gedankens ist das Verdienst von Petražycki a. a. O. S. 146, gegen ihn Pernice, Labeo, Bd. 2 2. Aufl. S. 363 A. 3.

Digitized by Google

von Naturalfrüchten behält, als zur Fortsetzung der Wirthschaft erforderlich ist, wird selten sein.

Deshalb hatte der Besitzer die vorhandenen Früchte als causa rei mit der vindicirten Sache herauszugeben; sie gehörten eben wirthschaftlich zu derselben.

Dagegen besteht eine *selbständige* Klage wegen solcher Früchte nicht. Auch sind vor der Klageerhebung *verzehrte* und *veräußerte* Früchte[18] nicht zu ersetzen.

Für Verwendungen kann sich der Besitzer aus den Früchten vorweg bezahlt machen.[19]

c) Die beiden Seiten des Verhältnisses faßt zusammen das Schlagwort: bona fide possessor fructus consumtos suos facit. Es ist mehr volksthümlich als juristisch korrekt.

d) Daß der Besitzer ferner die nach der Klageerhebung von ihm gewonnenen und gewinnbaren Früchte zu erstatten hat, entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen des Proceßbeginns.[20]

IV. Die Fälle der Accession.

§ 206. Der Schatzerwerb.[1]

1. Schatz — thesaurus — ist eine in einem Grundstücke aufgefundene daselbst längere Zeit verborgen gewesene Werthsache, deren Eigenthümer nicht mehr ermittelbar ist.[2] Nach altrömischer Auffassung war der Schatz Accession des Grundeigenthums.[3] Eine Verordnung Hadrians traf indessen eine billige Vermittelung.[4] Ihr zufolge gehört der Schatz

18) Anders Windscheid Bd. 1 § 186 Anm. 16, dagegen Petražycki S. 111. — Herausgabe von Civilfrüchten kann nicht gefordert werden. Petražycki a. a. O. S. 150.

19) l. 48, l. 65 D. de rei vind. 6, 1, Petražycki S. 114.

20) Siehe oben § 154.

1) Gimmerthal im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 4, André, d. L. v. Schatz, Berl. Inauguraldissert. 1884, Czyhlarz a. a. O. S. 207. Pampaloni, il concetto giuridico del tesoro in per l' VIII centenario della U. di Bologna studi giuridici e storici 1888 S. 101.

2) l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit. Gewöhnlich handelt es sich um Dinge, die *seit alters* verborgen sind; nothwendig ist dies nicht.

3) Vgl. Plautus Trinummus I 2 v. 104 ff. Insbesondere ergiebt sich die Zugehörigkeit des Schatzes zum Grundeigenthum nach republikanischem Rechte aus l. 3 § 3 D. de a. vel a. p. 41, 2 ... *Brutus* et *Manilius* putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse. Vgl. l. 2 § 39 D. de or. juris 1, 2.

4) § 39 J. de rer. div. 2, 1, l. 1 § 3 C. de thesauris 10, 15. So auch B.G.B. § 984.

Digitized by Google

zur Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem Grundeigenthümer. Er fällt aber dem Grundeigenthümer ganz anheim, wenn der Finder absichtlich auf dessen Boden nach Schätzen suchte.

2. Die herrschende Ansicht behandelt den Schatzerwerb als Unterart der Okkupation. Man hat hieraus gefolgert, daß der Finder durch Besitznahme Eigenthümer des ganzen Schatzes werde und nur obligatorisch zur Abgabe der Hälfte an den Grundherrn verpflichtet sei.[5] Dies Ergebniß entspricht aber weder der historischen Entwickelung noch dem Thatbestand des römischen Schatzrechtes.

Hiernach wird vielmehr der Grundeigenthümer unmittelbar Eigenthümer seines Antheils am entdeckten Schatz durch Accession.[6] Der Finder begeht also eine Unterschlagung, wenn er sich dolos den Schatz ganz aneignet, während er straflos bleiben müßte, wenn er nur zur Abgabe des Antheils des Grundeigenthümers persönlich verbunden wäre.

Auch der Finder erwirbt seinen Antheil nicht durch Okkupation, sondern von Rechtswegen. Er verdient denselben, weil er den Schatz der menschlichen Gesellschaft zurückgab. Es genügt, daß er dies durch seine Entdeckung bewirkte, und es schadet ihm nichts, wenn ihm Andere zuvorkommen und den Schatz für sich in Besitz nehmen.[7]

3. Geisterbeschwörung beim Suchen des Schatzes, in Rom strafbar,[8] ist es derzeit nicht mehr. Der Fiskus hat daher auf den unter „Zauberkünsten" gefundenen Schatz kein Recht. Denn dies könnte nur Folge der Strafbarkeit sein. Als selbständige Norm ist es nirgends bestimmt.[9]

4. In Mobilien verborgene Schätze sind analog zu behandeln.[10 11]

---

5) Diese Konsequenz hat Puchta gezogen. Hiergegen spricht § 39 J. h. t. dimidium domino soli concessit. . . . si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium Caesaris esse, ferner l. 63 D. de a. r. d. 41. 1 und l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 dimidiam partem fisco vindicari, vgl. Dernburg, krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 148. Czyhlarz a. a. O. — Arndts § 154, Windscheid Bd. 1 § 184, Brinz Bd. 1 § 148 stellen den Schatzerwerb noch immer unter die Okkupation.

6) Der gutgläubige Besitzer des Grundstückes, desgleichen der Emphyteuta und Superficiar haben auf die Eigenthumshälfte kein Recht. Czyhlarz a. a. O. S. 235.

7) § 39 J. cit. „dimidium inventoris esse", l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 „fit ejus, qui invenerit", l. 63 § 1 D. eod. „inventori cedit". Dernburg, krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 148, dagegen Brinz Bd. 1 S. 572. Vgl. namentlich Czyhlarz a. a. O. S. 229, Seuff. Arch. Bd. 51 n. 9 (R.G.).

8) l. 1 § 1 C. de thesauris 10, 15.

9) Anderer Ansicht Czyhlarz a. a. O. S. 217.

10) Dies ist herrschende Ansicht, siehe Wilhelm Sell, Versuche I. 3, Windscheid Bd. 1 § 184 Anm. 11, Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt n. F. Bd. 18 S. 356. Dagegen Böcking, Institt. § 150 Anm. 31, vgl. l. 67 D. de rei vind. 6, 1. Auch B.G.B. § 984 unterscheidet nicht.

11) Nach § 39 J. de rer. div. 2, 1 gebührt der im locus sacer oder religiosus zufällig gefundene Schatz dem Finder ganz, nach l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 aber fällt die Hälfte des im locus religiosus Gefundenen an den Fiskus. Die Auf-

Digitized by Google

5. Wer verlorene Sachen, welche nicht verborgen lagen, bemerkt und an sich nimmt — Fund —, ist negotiorum gestor. Als solcher hat er Anspruch auf Ersatz der im Interesse des Verlierers gemachten Auslagen, nicht aber auf Finderlohn.[12] Das Eigenthum fällt ihm nicht an, wenn sich auch der Verlierer lange Zeit nicht meldet. Deutsche Partikularrechte stellen den Finder meist günstiger.[13]

§ 207. Erwerb nach Uferrecht.

1. Die Grenzen der Grundstücke an öffentlichen[1] Flüssen sind schwankende, da das Bett fließender Gewässer steten Veränderungen ausgesetzt ist. Was der Fluß dauernd überströmt und zu seinem Bette macht, wird zur öffentlichen Sache. Soweit er dagegen sein bisheriges Bett verläßt, fällt der Boden in das Eigenthum der Ufernachbarn.[2 3]

2. Das Flußbett reicht nach römischem Rechte soweit wie der höchste,[4] nach deutschem Rechte so weit wie der mittlere Wasserstand.[5]

3. Der Ufernachbar erwirbt:

a) Alluvionen, d. h. allmähliche Anschwemmungen, sie vergrößern die Ufergrundstücke,[6] dies gilt auch für Zuwüchse, die sich nicht längs derselben ansetzen, sondern sich als Zungen in den Fluß hinein erstrecken.

b) Avulsionen, d. h. durch den Fluß abgerissene Erdstücke, sie treten dem Grundstücke, dem sie angetrieben werden hinzu, wenn sie sich mit ihm fest, insbesondere durch eine Pflanzendecke verbinden.[7]

---

nahme der letzteren Stelle beruht wohl auf Versehen. Nach heutigem Rechte, in welchem das Eigenthum derartiger Orte der Kirche oder der Gemeinde zusteht, haben diese das Recht auf die Hälfte als Eigenthümer. Anders Czyhlarz a. a. O. S. 246.

12) Vgl. l. 43 §§ 8 und 9 D. de furtis 47, 2.

13) Nach Partikularrechten erhält der Finder, wenn der Eigenthümer nicht zu ermitteln ist, das Eigenthum des Fundes, ferner, wenn er die Sache dem Eigenthümer zurückgiebt, Finderlohn. Delbrück in Iherings Jahrb. Bd. 3 n. 1 sieht hierin gemeines Recht. B.G.B. § 965 ff. regelt das Fundrecht ausführlich.

1) Nur um öffentliche Flüsse handelt es sich zunächst. Vgl. aber unten Anm. 14 und oben § 73.

2) l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, abgedruckt oben § 73 Anm. 4.

3) Dies gilt nach römischem Rechte nicht für die agri limitati, l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 §§ 6, 7 D. de fluminibus 43, 12. Vgl. oben § 74 Anm. 3 und 4.

4) l. 1 § 5, l. 3 § 1 D. de fluminibus 43, 12, l. 112 D. de V. S. 50, 16, vgl. § 3 J. de rer. div. 2, 1.

5) R.G. Bd. 2 S. 316. Man wird im Zweifel in dieser Hinsicht deutsches Recht anzuwenden haben.

6) § 20 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 C. de adluvionibus 7, 41.

7) § 21 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Ueber die Abhandlungen von Landucci und Pampaloni bezüglich der avulsio im archivio giuri-

Digitized by Google

c) Das verlassene Flußbett wird Eigenthum der Ufernachbarn.[8]

d) Nicht minder gehört die Flußinsel[9] den Ufernachbarn.[10]

Und zwar wächst jeder Theil des verlassenen Flußbetts, wie jeder Theil der Flußinsel bei seiner Entstehung dem nächstbelegenen Uferlande zu. An den Punkten, welche gleich weit von den einzelnen Ufergrundstücken entfernt sind, bilden sich Grenzen.

Nach der gewöhnlichen Lehre wird dagegen der Antheil der Ufernachbarn an der Insel einerseits durch eine inmitten des Flusses gezogene Linie und andererseits durch Linien bestimmt, welche von den Grenzpunkten der einzelnen Ufergrundstücke senkrecht auf jene Mittellinie fallen. Dies ist nur zutreffend für Inseln, welche in einem Strome entstehen, der zwischen parallelen Ufern gerade dahinfließt. Für andere Fälle, insbesondere für Inseln in Buchten der Flüsse, ist hiermit kein Theilungsprincip gegeben.[11]

---

dico von Serafini vol. XXXI p. 157, p. 424, p. 498, vol. XXXII p. 167, vgl. Schneider in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift n. F. Bd. 8 S. 60 ff. — Der Ausdruck avulsio ist dem corpus juris fremd.

8) § 23 J. de rer. div. 2, 1, l. 30 § 1. l. 56 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Aus l. 24 D. q. m. usufr. 7, 4 geht hervor, daß Labeo eine andere Ansicht hatte; hierauf hat mich Victor v. Juschkiewitsch aufmerksam gemacht. Brugi, Archivio giuridico Bd. 42 S. 303.

9) Ueber den Inselerwerb vgl. namentlich Henrici in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 2, Bd. 15 n. 7, Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 Th. 4 S. 403 ff., ferner Zirndorfer in der Zeitschrift der Savignystiftung romanistische Abth. Bd. 4 S. 233, endlich die beachtenswerthe Rostocker Inauguraldissertation: Spiegelberg, Eigenthumserwerb an Flußinseln, 1886.

10) § 22 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, l. 29, l. 30 pr. § 2, l. 65 §§ 1 ff. D. eod., l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. Labeo war der Ansicht, daß nach der Rechtskonsequenz die im öffentlichen Flusse entstehende Insel dem Volke zugehöre, l. 65 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Labeo libro 6 Pithanon. Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Hierin lag nicht „eine rein theoretische Bemerkung" — wie Pernice, Labeo Bd. 1 S. 274 annimmt, — sondern der Widerspruch gegen eine ihm unrichtig erscheinende Praxis, von dem ein bedeutender in der Praxis angesehener Jurist wie Labeo Erfolg erwarten konnte. Den Ausspruch von Labeo in Uebereinstimmung mit den Aeußerungen der anderen Pandektenjuristen zu bringen, ist ein ebenso oft angestelltes, wie aussichtsloses Unternehmen. Vgl. noch Ubbelohde a. a. O. S. 379.

11) Nach wiederholter Prüfung schließe ich mich den Ausführungen von Henrici in Iherings Jahrbüchern a. a. O. an. Das maßgebende Princip stellt Celsus auf, wenn er entscheidet „cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit", l. 30 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Hiernach erklärt Pomponius in der l. 30 cit. § 2 „insula fit ejus, cujus ager propior fuerit cum primum exstitit", vgl. l. 56 pr. D. eod., l. 65 § 2 und 3 D. eod. — Gajus libro 2 rerum cottidianarum, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 führt allerdings aus: in flumine nata — quod frequenter accidit — si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Hierauf

Digitized by Google

Ufergrundstücke auf Inseln haben dasselbe Recht wie die des Festlandes.[12]

4. Die Flußaccessionen fallen den Ufernachbarn von Rechtswegen zu; einer Besitznahme bedarf es nicht. Die Alluvionen und Avulsionen gelten als Theile der Ufergrundstücke, die sie vergrößern; das verlassene Flußbett und die Flußinsel dagegen bilden neue selbständige Grundstücke.[13 14 15]

§ 208. Inkorporation in Grundstücke.

Werden einem Grundstück Gebäude und gebäudeähnliche Anlagen, welche nicht bloß vorübergehenden Bedürfnissen dienen, eingebaut, verwachsen ferner mit ihm Pflanzen durch Einwurzeln, so werden sie Bestandtheile des Grundstücks und fallen dem Grundeigenthümer zu — superficies solo cedit.[1]

Es macht hiernach keinen Unterschied, ob die Einverleibung durch den Grundeigenthümer oder durch einen Dritten, ob sie absichtlich oder zufällig geschah. Das Einverleibte fällt dem Grundeigenthümer selbst dann zu, wenn er es entwendet hatte. Im übrigen ist zwischen Einbauen und Einwurzeln zu unterscheiden:

1) Der Eigenthümer verliert an verbauten Materialien

---

stützt sich die herrschende Lehre nicht ohne Schein. Indessen liegt hierin nichts als eine Ausführung des Principes in dem einfachsten Falle. In anderen Fällen führt dasselbe zu anderen Konsequenzen. Gegen Henrici hat sich Preußer in Seufferts Archiv Bd. 26 n. 221 und Windscheid Bd. 1 § 185 Anm. 1 erklärt, Henrici ist Ubbelohde a. a. O. und wenigstens grundsätzlich Zirndorfer a. a. O. beigetreten.

12) l. 65 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

13) l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere, sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usum fructum ad fructuarium non pertinere ... quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Vgl. l. 3 § 2 D. de aqua 43. 20, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 436.

14) Die ausgeführten Grundsätze finden auch auf Privatflüsse Anwendung, wenn nicht etwas anderes aus den besonderen Eigenthumsverhältnissen an denselben im gegebenen Falle folgt. Auf Landseen sind sie nicht anzuwenden, l. 12 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

15) Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 65 überläßt den Erwerb nach Uferrecht der Landesgesetzgebung.

1) Gaj. Inst. II § 73, l. 44 § 1 in fine D. de obl. et act. 44, 7, l. 98 § 8 D. de solut. 46, 3, l. 2 D. de superficiebus 43, 18. Zaun im Arch. für civ. Praxis Bd. 43 n. 10 und n. 13. Unsere früheren Auflagen gaben dem Satze eine viel weitere Tragweite, dagegen aber Biermann in Iherings Jahrb. Bd. 34 Nr. 4, dem wir jetzt folgen. Bestandtheile des Grundstücks werden auch Dachziegel, die nur durch Auflegen mit dem Dach verbunden werden, l. 8 D. quod vi aut clam 43, 24. Auch B.G.B. § 946 hat das Princip: superficies solo cedit, jedoch mit weitgehenden Modifikationen, vgl. B.G.B. § 94 Satz 1.

Digitized by Google

sein Eigenthum nicht endgültig,[2] es sei denn, daß er dasselbe freiwillig aufgab oder Ersatz für dasselbe erhielt.

Sein Eigenthum ruht nur und wacht mit der Trennung des Verbauten von dem Grundstück wieder auf.[3] Es gilt dies selbst in dem Falle, daß der unredliche Besitzer eines fremden Grundstückes seine Materialien in dasselbe zu seinen Zwecken verbaute.[4]

Aber die Trennung des Verbauten kann in der Regel nicht erzwungen werden, da sie eine wirthschaftlich schädliche Werthzerstörung in sich schlösse.[5] Einen Ersatz hierfür bot in Rom die actio de tigno juncto, vermöge deren der Eigenthümer verbauten Materials Ersatz seines doppelten Werthes von dem Grundeigenthümer fordern konnte, welcher es ohne seine Zustimmung verwendet hatte.[6] Heutzutage ist er auf Ersatz seines Interesses beschränkt.[7]

---

2) l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit: nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem XII tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere. Dies Wiederaufwachen des Eigenthums entspricht, wie Göppert, einheitliche Sachen S. 91 mit Recht bemerkt, „einem stark entwickelten Respekt vor dem Eigenthume, wie ihn namentlich das ältere römische Recht zeigt".

3) Man spricht zutreffend von „ruhendem Eigenthum", Windscheid Bd. 1 § 188 Anm. 13. Dagegen Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 26 S. 50. Schon die Römer haben sich die Erscheinung in verschiedener Weise zurechtgelegt, vgl. z. B. l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 59 D. de rei vind. 6, 1. Das gleiche ist bei den Neueren der Fall. Siehe die bei Windscheid a. a. O. Citirten, insbesondere Demelius, Exhibition S. 100, sowie A. Schmidt, Ztschr. d. Savignystiftung r. Abth. Bd. 11 S. 125, Hölder Pand. S. 377, Pernice, Labeo, Bd. 2 2. A. S. 317 Anm. 4.

4) So l. 2 C. de rei vind. 3, 32. Gajus dagegen entscheidet sich für den definitiven Eigenthumsverlust aus dem unzutreffenden Grunde „si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur", l. 7 § 12 D. de a. r. d. 41, 1, im § 30 J. de rer. div. 2, 1 wiederholt. Bei dem Widerspruche der Quellen wird man sich der Argumentation von Gajus nicht anschließen. Dies ist auch die Meinung Windscheids Bd. 1 § 188 Anm. 21. Ueber die Vereinigungsversuche siehe dort.

5) l. 6 D. ad exhibendum 10, 4, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, § 29 J. de rer. div. 2, 1. Schon die 12 Tafeln hatten dies für „Gebäude" und für „Weinbergspfähle" bestimmt, l. 1 pr. D. de tigno juncto 47, 3. Czyhlarz z. L. v. tignum junctum in d. Ztschrft. f. Privat- und öffentliches Recht Bd. 21 n. 2.

6) Tit. Dig. de tigno juncto 47, 3. Huschke ad leg. XII tab. de tigno juncto 1837. Ursprünglich bezog sich die Klage auf „gestohlenes" Baumaterial, l. 1 l. 2 D. h. t. 47, 3. Aber man dehnte sie auf fremdes Baumaterial aus, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 6 D. ad exhibendum 10, 4; nur da greift sie nicht ein, wo die Verbindung mit Einwilligung des Eigenthümers geschah, l. 63 D. de don. i. v. et u. 24, 1. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 188 Anm. 16, Lenel edictum S. 265, dagegen Bangerow Bd. 1 § 300, Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 318, Czyhlarz a. a. O. S. 95.

7) Wer in gutem Glauben verbaute, ist nur auf Höhe der Bereicherung verhaftet.

Digitized by Google

Wer jedoch als Besitzer oder als Pächter in einem fremden Grundstück Bauten errichtet, kann das Verbaute wegnehmen, wenn der Eigenthümer bei der Rückforderung des Grundstücks zum Ersatz der Verwendung nicht bereit ist — jus tollendi.[8]

2. Pflanzen, welche in einem fremden Grundstücke Wurzel geschlagen haben, gehen dem bisherigen Eigenthümer für immer verloren. Er kann sie auch im Falle späterer Trennung nicht in Anspruch nehmen.[9]

§ 209. Inkorporation in Mobilien.

Werden Mobilien, ohne daß eine Verarbeitung und damit Specifikation erfolgt, zu einem technischen oder künstlerischen Ganzen verbunden, so zieht die Hauptsache die Nebensache nach sich. Dem Eigenthümer der Hauptsache gehört daher das Ganze.[1] Als Hauptsache gilt, was die physische Grundlage der Gesammtsache bildet.[2] Demnach folgt der Färbestoff der Wolle,[3] die Schiffsplanke dem Kiel,[4] der Edelstein dem fassenden Golde,[5] ja selbst die Schrift dem Papier.[6]

Zu unterscheiden ist aber bloße Zusammenfügung und Unificirung. Bloße Zusammenfügung liegt vor, wenn die Nebensache ihre Selbständigkeit in der Verbindung behält; bei der Unificirung geht die eine Sache in der anderen auf und bildet nur noch ein Glied und einen Theil derselben. Im Falle bloßer Zusammenfügung kann der bisherige Eigenthümer der Nebensache deren Trennung fordern; sein Eigenthum hat nach der Trennung die alte Kraft. Im Falle der Unificirung

8) Siehe unten § 227 Anm. 11 und 12. l. 19 § 4 D. locati 19, 2, Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 50.

9) l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum, arbor ... ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam; vgl. l. 9 § 2 D. de damno infecto 39, 2 verb.: „nec arbor". Die Verpflichtung des bösgläubigen Erwerbers des Baumes zum Ersatze des Interesses, des gutgläubigen zur Erstattung der Bereicherung ist selbstverständlich. Die römischen Juristen gaben zu diesem Behufe eine utilis rei vindicatio auf den Baum, wenn die Leistung nicht erfolgte, l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Vgl. übrigens Wächter, Pand. Bd. 2 § 133 Beil. IV.

1) Ebenso B.G.B. § 947 Abs. 2. Ist keine Sache die Hauptsache, so tritt Miteigenthum nach Verhältniß des Werthes der verbundenen Sache ein, § 947 Abs. 1.

2) Dernburg, kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 154.

3) Dieser Satz geht auf Servius Sulpicius zurück. l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

4) l. 61 D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

5) l. 6 D. ad exhibendum 10, 4.

6) Schon den Römern freilich erschien dies paradox. Sie wiederholen es daher oft und mit Nachdruck, l. 9 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 und § 33 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 14 D. ad exhibendum 10, 4.

Digitized by Google

dagegen kann eine Trennung nicht beansprucht werden und das besondere Eigenthum an der Nebensache geht schlechthin unter, so daß es nach etwaiger Trennung nicht wieder auflebt.[7]

Gemälde stehen unter einem Sonderrecht. Das auf fremder Tafel gemalte Bild fällt nämlich nicht dem Eigenthümer der Tafel anheim, wie dies der Regel entspräche. Das Ganze wird vielmehr Eigenthum des Malers, vorausgesetzt, daß er redlich war.[8] Dies ist auf alle graphischen Kunstwerke, z. B. Kupferstiche, auszudehnen.[9]

Wer durch die Inkorporation ohne materiellen Rechtsgrund fremden Stoff gewann, hat dessen früherem Eigenthümer Schadensersatz zu leisten, jedoch nur bis zum Betrage seiner Bereicherung, wenn ihn bei der Einverleibung keine Schuld trifft.

---

7) Die Unterscheidung macht in besonderer Anwendung auf Statuen, l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum unter Berufung auf Cassius: dicit enim, si statuae suae ferruminatione junctum bracchium sit, unitate majoris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse, non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Vgl. Göppert: über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare 1869, wie auch in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 241 ff. Göpperts Ausführungen dürften nach Mittheilungen von Conze nur theilweise richtig sein. Göppert hat darin Recht, daß ferruminare allerlei Arten von Löthen, Kitten, Kleben bezeichnet, bei denen das Bindemittel, wenn auch nur für das Auge, sich mit dem Material der zu verbindenden Stücke so assimilirt, daß es etwas Einheitliches herzustellen scheint; dagegen ist es unrichtig, wenn Göppert S. 17 ff., S. 36 ff., unter adplumbare ein Verbinden durch bleierne Nägel, Stifte, Klammern versteht. Zu diesem Dienst eignet sich Blei seiner Natur nach nicht und wird dazu weder in alter noch neuer Zeit regelmäßig gebraucht. Adplumbare ist vielmehr das Festgießen mit Blei. Dasselbe galt um deswillen als etwas vom ferruminare Verschiedenes, weil sich das Blei für das Auge nicht dem Material der zu verbindenden Theile assimilirt, und auch in der That nur eine losere Verbindung darstellt. Als höchst wahrscheinlich ist anzusehen, daß in der l. 23 § 5 cit. nur an Statuen aus Metall, nicht aus Marmor gedacht ist, da die Metallstatuen im Alterthume die vornehmsten und werthvollsten waren, zudem ein Arm aus Marmor einen besonderen Werth nicht gehabt hätte. Demgemäß unterscheiden Cassius und Paulus bei Metallwerken zwei Arten von Verbindung: die festere durch ferruminare stellt eine Einheit für die Anschauung und im Rechtssinne her, so daß im Falle künftiger Trennung das ursprüngliche Eigenthum am Theile nicht wieder auflebt; die losere durch Bleiguß — adplumbare — bewirkt eine bloße Zusammenfügung, sie hebt das Eigenthum an dem hinzugefügten Theile nicht für immer auf. Vor Göppert verstand man unter ferruminatio Anschweißen, d. h. Verbindung durch das gleiche Metall, unter adplumbare Anlöthen, d. h. Verbindung durch verschiedenes Metall. Man beachtete hierbei die Technik nicht, welche solches Anschweißen nicht kennt. Vgl. freilich Windscheid Bd. 1 § 189 Anm. 1.

8) So Gajus l. 9 § 2 D. de a. r. d. 41, 1 und namentlich Justinian in § 34 J. de rer. div. 2, 1; anderer Ansicht war Paulus l. 23 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Der Eigenthümer der Tafel hat eine utilis rei vindicatio gegen den Maler, sofern dieser nicht den Werth der Tafel ersetzt.

9) Madai im Archiv für civ. Praxis Bd. 26 n. 8 II. B.G.B. § 950 nimmt in diesen und ähnlichen Fällen Spezifikation an. Vgl. oben § 204 Anm. 5.

Digitized by Google

§ 210. Konfusion und Kommixtion.

1. Konfusion ist die Vereinigung von Objekten verschiedener Eigenthümer zu einer Masse. Sie kann durch Zusammengießen von Flüssigkeiten oder durch Auflösen eines festen Körpers in einer Flüssigkeit oder durch Zusammenschmelzen von Metallstücken gleicher oder verschiedener Art erfolgen.

Geschah die Konfusion in Folge Vertrages, so entscheidet dieser über die Eigenthumsberechtigung. Wurde sie einseitig veranstaltet, so kann sie eine Specifikation bilden. Sonst aber treten bei einseitiger oder zufälliger Konfusion folgende Grundsätze ein:

a) Ist Aussonderung praktisch thunlich — d. h. ohne unverhältnißmäßige Kosten —, so ändert sich am Eigenthumsrechte nichts. Jeder Betheiligte kann die Sonderung, wenn er im Besitze ist, vornehmen, und wenn er nicht im Besitze ist, fordern. Die Kosten hat der betreibende Theil zu tragen, wenn nicht dem anderen Theil eine Schuld zur Last fällt.

b) Wenn die Aussonderung praktisch nicht thunlich ist, so erlangen die Eigenthümer der konfundirten Stoffe im Verhältnisse des Werthes derselben Miteigenthum an der Masse nach ideellen Theilen.[1] [2]

2. Vermengung von trockenen Körpern verschiedener Eigenthümer unbeschadet ihrer körperlichen Integrität, z. B. Zusammenschütten von Getreidemassen, pflegt man Kommixtion zu nennen.[3] Geschieht sie in Folge Vertrages, so ist dieser maßgebend. In anderen Fällen ist zu unterscheiden:

a) Die Ausscheidung ist thunlich. Dann kann sie der Besitzer vornehmen, der Nichtbesitzer betreiben.

b) Die Ausscheidung ist nicht thunlich. Dann hat jeder Theil Eigenthum an der Quantität, welche dem Betrag des Zuschusses von seiner Seite entspricht. Er kann sie als Besitzer absondern, als Nichtbesitzer vindiciren. Miteigenthum tritt nicht ein.[4] [5]

---

1) Vgl. § 27 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 2, l. 4, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Bechmann, Accession S. 33, Ascoli della confusione e commistione Roma 1887.

2) So auch B.G.B. § 948 ohne zwischen Vermischung und Vermengung zu unterscheiden.

3) Die Quellen sprechen von confusio und commixtio ohne Unterschied sowohl bei der Vereinigung von Flüssigkeiten als beim Zusammenschütten von Körpern.

4) § 28 J. de rer. div. 2, 1, l. 5 pr. D. de rei vind. 6, 1. Bechmann, Accession S. 28. Bei Gegenständen verschiedenen Werthes wird nicht bloß Quantität, sondern auch Qualität des Zugeschossenen zu beachten sein.

5) Dahin gehört auch das s. g. „Sammel- oder Vermengungsdepot", wenn ein

Digitized by Google

Anders bei Geld. Seine Bestimmung als allgemeines Umlaufsmittel fordert möglichste Beschränkung der Vindikation. Darum entschied man sich dafür, daß Geld, welches in fremden Besitz geräth und mit dem des Besitzers ununterscheidbar vermischt ist, — als konsumirt — dessen Eigenthum wird.[6 7]

V. Derivative Erwerbsarten.

§ 211. Die Tradition.[1]

1. Nach justinianischem Rechte ist die Tradition allgemeine und nothwendige Form der freiwilligen Veräußerung körperlicher Sachen.[2 3]

Bankier für verschiedene Deponenten Inhaberpapiere gleicher Art zusammen, ohne Sonderung des dem Einzelnen Gehörenden, verwahrt. Jeder Deponent hat dann Eigenthum an einer Anzahl von „Stücken", also einer Quantität: dem Bankier gehören die Papiere nicht.

6) l. 78 D. de solut. 46, 3. Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt: si mixti essent ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit in libris Gaji scriptum est. Selbstverständlich ist der hierdurch Bereicherte zum Ersatze seiner Bereicherung, und wenn er sich wissentlich das fremde Geld aneignete, zum Ersatze des Interesses verbunden.

7) So auch R.G. Bd. 24 S. 315. Die Auffassungen sind übrigens sehr getheilt. Besondere Abhandlungen sind von J. Comte, Erwerb d. Eigenthums an Geldstücken, Berl. Inauguraldiss. 1887, Hohenemser, Consumtion d. Geldes, Marb. Inauguraldiss. 1892, Niemeyer, Eigenthumserwerb an Geld durch Vermischung, Ztschrift f. Handelsrecht Bd. 42 n. 2, dort siehe weitere Litteratur. Niemeyer leugnet jede besondere rechtliche Behandlung des Geldes im Falle seiner Vermischung. Vgl. noch die — nicht unbedenkliche — Entsch. R.G. in Straff. Bd. 26 S. 43.

1) Exner, die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht 1867. Kohler gesammelte Abhandl. S. 1 ff. — B.G.B. § 929 ff. „Uebertragung".

2) l. 20 C. de pactis 2, 3. Diocletianus et Maximianus. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, l. 50 pr. D. de rei vind. 6, 1. Callistratus libro 2 edicti monitorii. Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit. l. 15 pr. C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus. Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Die Tradition ist Form der Uebereignung; vgl. oben § 97, Windscheid Bd. 1 § 171, Exner a. a. O. § 1. Dagegen erklären sich Brinz Bd. 1 § 150 S. 588, Bekker, Recht des Besitzes S. 86. Man wendet ein, daß die Tradition ein realer Vorgang sei. Aber auch reale Vorgänge können die Form einer Willenserklärung bilden. — Scheinbar bildet eine Ausnahme l. 1 § 1 D. pro socio 17, 2. Gajus libro 32 ad edictum. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. Doch die Juristen unterstellen beim Beginne einer allgemeinen Societät ein constitutum possessorium, l. 2 D. eod. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. Uebrigens sind die Meinungen getheilt, vgl. Windscheid Bd. 1 § 171 Anm. 2 und dort Citirte. Eine positive Ausnahme schuf Justinian in der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen. Indem er ihnen das Privilegium 100jähriger Verjährung in Fällen von letztwilligen Zuwendungen, Käufen und Schenkungen — vgl. oben § 147 Anm. 2 — gewährt, theilt er ihnen, mit verschwenderischer Hand fromme Privilegien

Digitized by Google

Hierin liegt ein gesunder Gedanke. Denn das Normale ist, daß der Eigenthümer auch den Besitz hat. Wo sich die Uebereignung ohne Besitzübergabe vollzieht, ist von vornherein ein Gegensatz zwischen dem rechtlichen und dem thatsächlichen Haben gegeben, welcher den Keim schwerer Verwickelungen in sich trägt.

Die Besitzübergabe gewährt dem Eigenthumsübergange in der Regel auch Offenkundigkeit, welche bei einem Verhältnisse von Wichtigkeit ist, das gegen Dritte wirkt. Aber freilich giebt es Formen der Besitzübertragung, welche den Wechsel des Besitzes und des Eigenthumes äußerlich nicht manifestiren, wie namentlich das constitutum possessorium und die traditio brevi manu.[4]

2. In höherem Maße als durch die Tradition wird die Oeffentlichkeit des Eigenthumes an Grundstücken daher dadurch verwirklicht, daß man die freiwillige Veräußerung an eine Erklärung der Uebereignung beim Richter der belegenen Sache — Auflassung — und an die sich anschließende Eintragung des Erwerbers im Grundbuche knüpft. Dies ist im Anschlusse an älteres deutsches Recht und viele Partikularrechte[5] die Regelung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.[6] Damit erhält das Grundeigenthum größtmögliche Publicität zum Vortheile des

---

gebend, auch zu, daß sie non solum personales actiones sed etiam in rem et hypothecariam in allen diesen Fällen wie bei den Legaten haben, also in Folge des Kaufes und der Schenkung Eigenthümer sein sollten. Im Sinne Justinians ist es sicherlich nicht, dies zweite Privilegium durch gezwungene Interpretation zu elimiren, vgl. über die Frage Vangerow Bd. 1 § 311 Anm. 4, Windscheid Bd. 1 § 171 Anm. 2, Brunner, Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abth. Bd. 4 S. 142. Aber eine andere Frage ist, ob ein derartiger willkürlicher, den Verkehr verwirrender Bruch ins System von der neueren deutschen Praxis festgehalten ist. Dies müssen wir verneinen; vgl. Biermann traditio ficta 1891 S. 24. — Eine Ausnahme von der Nothwendigkeit der Tradition macht bei Seeschiffen H.G.B. § 474.

3) Nach älterem römischen Rechte geschah die Veräußerung von res mancipii durch mancipatio oder in jure cessio ohne Besitzübertragung, vgl. oben § 97. Spuren dieses Rechtzustandes sind in der justinianischen Kompilation häufig. Es gehört dahin l. 16 D. de fundo dotali 23, 5. Eine Frau übereignet ihrem Manne einen fundus, welchen ein Dritter im Ersitzungsbesitze hat; hieran knüpft sich die Untersuchung des Juristen Tryphoninus. Mit dem Traditionssystem ist der Fall unvereinbar. Vergeblich suchten die Glossatoren mit emsigem Fleiße nach einer Lösung — vgl. Landsberg, die Glosse des Accursius S. 109. — Ohne Salz ist die Erörterung, wenn man, wie dies heutzutage oft geschieht, das „dare fundum in dotem" mit „Cession der Vindikation auf das Grundstück" wiedergiebt. Die Kompilatoren schrieben eben gedankenlos ab, was in ihre Kompilation nicht paßte.

4) Siehe oben § 181.

5) So das preußische Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke.

6) Vgl. §§ 873, 925. Nach Einf.Ges. Art. 189 gilt aber das bisherige Recht „bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist"; ferner nach Art. 127 für nicht eingetragene Grundstücke, welche der Eintragungspflicht nach der Grundbuchordnung weder in der Hand des Veräußerers noch des Erwerbers unterstehen.

Digitized by Google

Verkehres und allgemeiner Interessen. Aber Konflikte zwischen dem sog. Bucheigenthümer und dem Besitzer sind die häufige und unvermeidliche Folge dieses Systemes.

3. Gemeinrechtlich ist die Tradition die allgemeine Form der Uebereignung für Immobilien, wie für Mobilien. Sie verlangt:

a) Legitimation des Tradenten zur Uebereignung,

b) Willensübereinstimmung des Tradenten und des Empfängers in Betreff des Ueberganges bei der Sachherrschaft,

c) Besitzübertragung.

§ 212. Legitimation des Tradenten.

1. Nur der Eigenthümer kann Eigenthum übertragen. Dies ist Fundamentalgrundsatz. Wem ein Nichteigenthümer tradirt, der wird nicht Eigenthümer.[1] Er erlangt höchstens Ersitzungsbesitz, falls er in gutem Glauben ist.

2. Das deutsche Recht macht hiervon gewisse Ausnahmen zu Gunsten gutgläubiger Erwerber. Dem deutschen Recht folgt das Bürgerliche Gesetzbuch.[2] Hiernach wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit des Erwerbes nicht in gutem Glauben ist. Eine Ausnahme machen gestohlene, verlorene oder dem Eigenthümer sonst abhanden gekommene Sachen. Doch bewendet es bei der Regel, wenn es sich um Geld, Inhaberpapiere oder um Sachen handelt, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden. Nach deutscher Rechtsauffassung fällt die Sicherung des Erwerbes und das Interesse des Verkehres mehr in das Gewicht als die Rücksicht auf die Unantastbarkeit des erworbenen Eigenthumes.

3. An Stelle des Eigenthümers können Bevollmächtigte nach Maßgabe ihrer Vollmacht veräußern.[3] Im Falle der Handlungsunfähigkeit des Eigenthümers handeln seine gesetzlichen Vertreter an seiner Statt.[4] Ist der Eigenthümer zur Uebertragung des Eigenthums verurtheilt, so

---

1) l. 20 D. de a. r. d. 41, 1, abgedruckt oben § 81 Anm. 3, l. 54 D. de R. J. 50, 17; nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet, l. 64 § 4 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de donat. 8, 53.

2) Vgl. B.G.B. §§ 932 ff.

3) l. 9 § 4 D. de a. r. d. 41, 1, § 42 J. de rer. div. 2, 1, vgl. l. 25 D. de donat. 39, 5. Ueber Sklaven und Hauskinder siehe l. 41 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

4) l. 5 § 1 D. de jure fisci 49. 14. Veräußerungen des Gemeinschuldners bezüglich der zur Konkursmasse gehörigen Objekte nach der Konkurseröffnung sind gegenüber den Konkursgläubigern nichtig, Dritten gegenüber gültig, K.O. § 7. So lange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, sind die Veräußerungen des Schuldners gültig, sie können aber anfechtbar sein. K.O. §§ 29 ff.

Digitized by Google

gilt die Uebergabe der Sache als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.[5]

4. Aus eigenem Rechte übertragen Eigenthum an fremder Sache:

a) Pfandgläubiger in Folge des Pfandrechtes,[6]

b) der Fiskus, der Regent und die Regentin in Folge ausdrücklichen Privilegs. Der hierdurch Enteignete hat nur einen Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer, welcher binnen 4 Jahren verjährt.[7]

§ 213. Uebereignungswille.

1. Die Uebereignung durch Tradition erfordert den Willen des Tradenten, die Herrschaft über die Sache zu übertragen, und beim Empfänger den Willen, die Sachherrschaft zu gewinnen — den beiderseitigen Uebereignungswillen.[1]

Ursprünglich galt den Römern das Geschäft der Tradition als ein einseitiges, welches auf dem Willen des Tradenten beruhe. Die spätere Jurisprudenz erkannte, daß der zusammenstimmende Wille der Betheiligten erforderlich sei, daß es sich also um einen — dinglichen — Vertrag handele.[2] Freilich hat dieser Vertrag stets seine eigene Art behalten.[3]

---

5) C.P.O. § 897.

6) Vgl. § 1 J. quibus alienare licet vel non 2, 8, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 84, Bd. 2 S. 199. B.G.B. § 1242.

7) l. 2, l. 3 C. de quadriennii praescr. 7, 37, § 14 J. de usuc. 2, 6. Auch die Pfandrechte erlöschen durch den Verkauf seitens des Fiskus. Dieser ist daher den Pfandgläubigern zur Entschädigung verpflichtet. — Ihering in seinen Jahrbüch. Bd. 10 S. 266 Anm. 19 beschränkt das Privileg auf den unwissentlichen Verkauf der fremden Sache durch den Fiskus. Dem B.G.B. ist es fremd.

1) Wenn wir vom Uebereignungswillen reden, so soll damit nicht gesagt sein, daß der Wille nothwendig auf die Uebertragung des Eigenthumes gehen muß, daß also der animus transferendi et accipiendi dominii schlechthin Voraussetzung der Tradition sei. Der Erwerber muß nur die Absicht haben, möglichst unumschränkt die Sache zu beherrschen und der Veräußerer sie in diesem Sinne übertragen. Eigenthümer wird daher auch, wer glaubt, das gekaufte Haus stehe im superficiarischen Rechte des Veräußerers, und dies Recht zu erwerben gedachte, falls nur der Veräußerer in der That Eigenthümer des Hauses ist. Der Käufer ferner erwirbt Eigenthum auch, wenn er irrthümlich glaubt, der Tradent habe kein Recht an der verkauften Sache. Siehe oben § 194 Anm. 2. Vgl. übrigens Lenel, Parteiabsicht in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 173.

2) Vielfach wird in den Quellen das Gewicht auf die voluntas domini volentis rem suam transferri gelegt, vgl. z. B. § 40 J. de rer. div. 2. 1. Daher sieht namentlich Schloßmann, Vertrag S. 94, in der Tradition ein auf dem einseitigen Willen des Tradenten beruhendes Geschäft, und Pernice in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 109 stimmt dem im wesentlichen zu. Aber Javolenus libro 12 epistularum l. 55 D. de obl. et a. 44, 7 sieht in der Tradition einen Vertrag. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest. Es ist klar,

Digitized by Google

So ist Tradition an unbestimmte Personen zulässig, z. B. Auswerfen von Münzen oder Auslegen von Schriften, so daß jeder ein Exemplar entnehmen kann.[4]

2. Der Uebereignungswille des Tradenten muß sich auf einen Grund — causa — stützen. Denn wer sein Vermögen durch Rechtsakte vermindert, muß vernünftigerweise hierbei ein Ziel im Auge haben, welches den Grund solchen Handelns bildet.[5]

Es giebt Gründe, welche regelmäßig eine Uebereignung im Gefolge haben, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Zahlung einer Schuld. Solche Gründe bilden die regelmäßigen Erkennungszeichen der Uebereignungsabsicht. Denn diese Absicht wird bei der Tradition fast nie besonders erklärt. Sie ist vorzugsweise aus dem Inhalt des zu Grunde liegenden Geschäfts zu erschließen.

Die Uebereignungsabsicht kann auch bei der Vollziehung von typischen Geschäften vorhanden sein, welche regelmäßig eine Uebertragung nicht im Gefolge haben. Es wird z. B. vereinbarterweise Eigenthum zum Zwecke der Verpfändung — pignoris causa — fiduciarisch übertragen,[6] oder man macht den Verwalter oder Verwahrer zum Eigenthümer der anvertrauten Sache, um ihm nach außen hin die volle Legitimation eines Eigenthümers zu geben.[7] In derartigen Fällen muß die Absicht der Uebereignung besonders erklärt sein, weil das Geschäft an sich nicht auf sie hinweist.

3. Streitfrage ist, ob der Eigenthumsübergang durch Tradition davon abhängt, daß deren Grund, z. B. der sie verursachende Kauf gültig ist, oder ob der Uebereignungswille der Betheiligten genügt, auch wenn sein Grund ein unzureichender oder bloß vermeinter war, mit anderen

---

daß hier nicht vom Konsens bei dem zu Grunde liegenden Geschäfte, sondern bei der Tradition, welche dasselbe verwirklicht, die Rede ist. Auf demselben Standpunkte steht Julian l. 36, l. 37 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, vgl. ferner l. 10 D. de don. 39, 5. Mit Recht fassen daher Savigny Bd. 3 S. 312 und Exner a. a. O. die Tradition als Vertrag auf.

3) Dies verkennt Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 n. 2.

4) § 46 J. de rer. div. 2, 1. Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, vgl. aber l. 5 § 1 D. pro derelicto 41, 7. Tradition liegt in derartigen Fällen vor, wenn die Absicht vorzugsweise darauf geht, die Sache Anderen zuzuwenden, Dereliktion, wenn man in erster Linie bezweckt, die Sache los zu werden. So Exner, Tradition S. 12 und 53; bei Czyhlarz a. a. O. S. 106 siehe die Litteratur über die Frage.

5) Vgl. oben § 95. Ulpiani fragm. XIX. 7, l. 31 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua alia justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

6) Siehe freilich die oben § 31 Anm. 12 Citirten.

7) R.G. Bd. 2 S. 168. Vgl. Gaj. Inst. II § 60.

Digitized by Google

Worten, ob der Grund der Tradition objektive Realität haben muß, oder ob die bloß subjektive Meinung, daß ein solcher bestehe, ausreicht. Die Anhänger der letzteren Ansicht pflegen die Tradition als abstrakten dinglichen Vertrag zu bezeichnen.[8]

Das Richtige ist, daß die Tradition zwar einen abstrakten Charakter haben kann, aber keineswegs immer hat. Es bestehen hierüber mit Rücksicht auf die Zwecke und Bedürfnisse des Verkehrs bezüglich der verschiedenen Geschäfte im Zweifel eintretende Vermuthungen.

Die Tradition gilt in der Regel dann als abstrakt, wenn sie zur Erfüllung eines Geschäftes geschieht, das in der Vergangenheit liegt oder als ihr zugehörend unterstellt wird. Hat man daher irrthümlich eine vermeinte Schuld erfüllt, so ist keine Vindikation begründet, die sich auch gegen dritte Erwerber richten würde, sondern eine Kondiktion, mit welcher nur der Empfänger in Anspruch zu nehmen ist.

Dagegen ist im Zweifel anzunehmen, daß dann, wenn die Tradition behufs eines erst abzuschließenden Geschäftes erfolgte, die Uebereignung nur für den Fall des gültigen Zustandekommens des Geschäftes beabsichtigt ist. Denn sie geschieht hier nach der gewöhnlichen Verkehrsauffassung nur unter dieser stillschweigenden Bedingung.[9] [10] [11]

---

8) Die Litteratur der Streitfrage bis zum Jahre 1873 stellt zusammen Hofmann, die L. v. titulus und modus acquirendi S. 46 ff. Der älteren Ansicht, welche grundsätzlich eine rechtsbeständige causa forderte, traten namentlich Savigny Obligationenrecht Bd. 2 § 78, Puchta, Institutionen Bd. 2 § 241 Anm. d, Strempel, über die justa causa bei der Tradition 1856 gegenüber. Vgl. aber Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 334.

9) Die Hauptstellen sind l. 36 D. de a. r. d. 41, 1. Julianus libro 13 digestorum. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus, sowie Ulpianus libro 7 disputationum l. 18 D. de rebus creditis 12, 1. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Die l. 36 ist wahrscheinlich interpolirt und handelte zunächst von der mancipatio, Lenel, Ztschrft. d. Savignystiftung rom. Abth. Bd. 3 S. 178. Jedenfalls aber wird man aus dem Vordersatz der l. 36 mit Rücksicht auf die nachher in ihr angeführten Fälle nur herauszulesen haben, daß es Fälle giebt, in welchen sich die Uebereignung trotz Dissenses der Parteien über deren causa vollzieht: die l. 18 tritt bezüglich des einen dieser Fälle in einen Gegensatz zu Julian, nämlich dann, wenn der Tradent schenken, der Empfänger ein Darlehn nehmen will. Dabei ist zu unterstellen ausgesprochener Dissens der Beiden; vgl. Dernburg, Archiv f. civ. Praxis Bd. 40 n. 1. Die Ansicht des Julian verdient den Vorzug. Der Schenker will in der That endgültig veräußern, und der Empfänger will unbedingt erwerben, auch wenn er erklärt, das Gegebene bloß als Darlehen behalten zu wollen. Strohal a. a. O. Anders Randa, Eigenthumsrecht S. 298.

Digitized by Google

4. Kein Uebergang des Eigenthums tritt ferner ein, wenn die Tradition die Verwirklichung eines gesetzlich verbotenen und deswegen nichtigen Geschäftes bezweckt, z. B. einer Schenkung unter Ehegatten, oder auch einer nichtinsinuirten großen Schenkung.

§ 214. Die Besitzübergabe.

1. Die Uebereignung vollendet sich durch die Besitzübergabe.

Die Veräußerung läßt sich also nur vollziehen, wenn der Veräußerer entweder die Sache selbst besitzt oder den dritten Besitzer zu deren Tradition bestimmen kann. Ist dies nicht der Fall, so bleibt dem Veräußerer nur übrig, seine Klagen, insbesondere die Vindikation, zu cediren. Kommt der Cessionar in Folge dieser Abtretung in den Besitz der Sache, so steht dies der Tradition gleich.[1]

2. Im Falle der Sendung der veräußerten Sache an einen Abwesenden durch eine Mittelsperson fragt es sich, ob Besitz und Eigenthum mit der Absendung oder erst mit der Aushändigung an den Adressaten auf diesen übergeht. Ist die Mittelsperson Stellvertreter des Adressaten, so genügt die Aushändigung des Gutes an den Vermittler, ist sie dies nicht, so ist die Einhändigung an den Adressaten erforderlich.[2 3] Das letztere ist namentlich der Fall, wenn die Waare der Post, Eisenbahn oder anderen gewerbsmäßigen Frachtführern zur Beförderung übergeben ist. Denn solche Frachtführer erhalten ihren Auftrag vom Absender und sind daher dessen Vertreter.[4] Auch der Käufer ist in solchen Fällen nicht Eigenthümer während des Transportes, obgleich er dessen Gefahr trägt.[5]

---

10) Vgl. unten Bd. 2 § 108, l. 3 § 10, l. 5 § 18, l. 36 pr. D. de donat. i. v. et u. 24, 1, l. 34 § 1 C. de donat. 8, 53.

11) B.G.B. § 929 bestimmt: „Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehe." Dies ist mit den Grundsätzen unseres Textes nicht unvereinbar.

1) Vgl. § 225 Anm. 1 und 2.

2) l. 65 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Labeo libro 6 pithanon a Paulo epitomatorum. Si epistulam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit, Paulus: immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient. idem accidet in his litteris, quas tuae dumtaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero litteras. Vgl. l. 14 § 17 D. de furtis 47, 2.

3) Diese Uebergabe kann auch durch Konnossemente oder Ladescheine geschehen, siehe oben § 178 Anm. 12.

4) Anders moderne Gesetzgebungen, namentlich das preuß. Landrecht I, 11 §§ 128 ff., code de commerce art. 100. österreich. B.G.B. § 429.

5) Vgl. unten Bd. 2 § 96.

Digitized by Google

3. Betrachten wir das Uebereignungsgeschäft im Ganzen, so erscheint es in der Regel als ein zusammengesetztes. Es beginnt mit dem Kaufe oder einem anderen Veräußerungsgeschäft und vollendet sich mit der Tradition.

Der Kauf begründet für sich allein nur eine persönliche Forderung des Käufers gegen den Verkäufer auf Tradition der Kaufsache. Der Verkäufer ist daher noch Eigenthümer der Kaufsache. Dennoch aber bildet der Verkauf zweifelsohne die erste Stufe des Veräußerungsgeschäftes.[6]

Es heben sich hiernach in vielen Fällen der freiwilligen Veräußerung der Titel — Kauf oder anderes Geschäft — und die Form oder der Modus der Veräußerung — die Tradition — von einander ab. Die ältere Theorie suchte diese Unterscheidung zu verallgemeinern und bei jeder Art des Eigenthumserwerbes durchzuführen. Wo es an einem vorbereitenden Geschäfte fehlte, bezeichnete man das Gesetz als den Titel des Erwerbes, z. B. bei Okkupation.[7] Dies war verfehlt. Das Gesetz ist die unentbehrliche Vorbedingung jedes Eigenthumserwerbes. Es ist unrichtig, das Gesetz als Titel mit Kauf, Tausch, Schenkung auf eine Linie zu stellen. Seit Ende des achtzehnten Jahrhunderts hat man daher diese Verallgemeinerung aufgegeben.[8]

§ 215. Bedingte Tradition.

1. Die thatsächliche Uebergabe der Sache ist zwar nothwendig etwas Unbedingtes. Als Uebereignungsakt nimmt aber die Tradition Bedingungen jeder Art auf.

In der Regel wohnen die Bedingungen des zu Grunde liegenden Geschäftes auch der Tradition inne, welche dasselbe verwirklichen soll. Nothwendig ist dies aber nicht. Es kann vielmehr auf Grund eines bedingten Geschäftes auch eine unbedingte Tradition geschehen, um dem Empfänger sofort freie Verfügung über die Sache zu geben. Dann hat der Trabent im Falle der Vereitelung der Bedingung des Geschäftes nur eine persönliche Klage auf Rückerstattung.

Es kann ferner das Geschäft, welches der Tradition zu Grunde liegt, unbedingt, die Tradition bedingt sein. Namentlich im

---

6) Hierauf beruht l. 2 D. pro emptore 41, 4.

7) Die Dogmengeschichte dieser Theorien stellt Hofmann, die Lehre vom titulus und modus adquirendi dar. Vgl. auch Landsberg, die Glosse des Accursius S. 102.

8) Vorzugsweise haben Hugo im civ. Magazin Bd. 4 n. 6 und Thibaut, Versuche Bd. 1 n. 11 die alte Lehre mit Erfolg bekämpft.

Digitized by Google

Falle des Kaufes ist nicht selten die Uebereignung durch die vorgängige Regulierung der Preiszahlung bedingt.

2. In Rom galt seit alters der Satz, daß die Wirksamkeit der Tradition auf Grund eines Kaufes dadurch bedingt sei, daß der Kaufpreis bezahlt oder kreditirt worden.[1][2] Damit war der Verkäufer wegen der Kaufgelder bestens gesichert. Der Käufer erhielt durch die Tradition juristischen Besitz und selbst die actio Publiciana,[3] aber Eigenthümer blieb der Verkäufer. Er konnte die Kaufsache daher im Falle des Konkurses des Käufers noch vindiciren. Der Käufer, welcher die ihm tradirte Sache vor der Preisregulirung veräußerte oder sonst verbrachte, beging ein furtum.

Ist dies gemeines Recht? Man lehrt dies zwar herkömmlicherweise. Aber der praktischen Anwendung ist ein solcher Satz fremd. Niemand wird wegen Unterschlagung angeklagt oder verurtheilt, wenn er die gekaufte, ihm vom Verkäufer in das Haus gesendete Waare vor der Regulirung des Preises weiter verkauft oder verzehrt. Denn er war Eigenthümer. Der heutige Verkehr sieht in der Uebergabe der gekauften Waare regelrecht die Kreditirung der Waare, deren unbedingte Uebereignung.

Es können jedoch die Umstände des Falles ergeben, daß die Tradition nach dem Willen des Tradenten durch die Zahlung des Preises bedingt sein soll.[4] So gilt beim Marktverkehr

1) § 41 J. de rer. div. 2, 1 ... venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satis fecerit veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege XII tabularum: tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici, sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri, l. 19, l. 53 D. de contr. empt. 18, 1, l. 5 § 18 D. de tributoria actione 14, 4, l. 38 § 2 D. de liberali causa 40, 12, l. 20 D. de precario 43, 26, l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14. Exner Tradition Beilage 2 S. 338 ff.; F. Hofmann, über das periculum beim Kaufe Beilage II S. 169 ff. und Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts n. III; Ad. Nissen, die kaufrechtliche Tradition 1869.

2) Was ist der Grund des Satzes? Nach Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 19a „natürliche Billigkeit", nach anderen „Naturgesetz", „Naturnothwendigkeit". In Wahrheit handelt es sich um eine römische Verkehrsgewohnheit. Der Römer giebt sein Eigenthum vor der Regulirung des Preises nicht auf; der Wille des Verkäufers, erst nach derselben das Eigenthum zu übertragen, wird präsumirt. Eigenthum geht aber über, wenn der Tradent die Zahlung oder Stundung irrthümlicherweise als geschehen unterstellt, z. B. weil falsches Geld gezahlt war. Denn dann war unbedingter Uebereignungswille vorhanden. Hält man die objektive Realität der causa nicht schlechthin für erforderlich, so kann man solche folgerecht auch nicht bezüglich der Zahlung oder Stundung des Kaufpreises fordern. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1, 1. Auflage § 81 Anm. 23, dagegen Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 19a.

3) l. 8 D. de Publiciana in rem actione 6, 2.

4) Der römische Satz hat also im gemeinen Recht unter Umständen An-

Digitized by Google

die dem Käufer eingehändigte Waare nur als übereignet für den Fall der Zahlung Zug um Zug; ebenso ist es in Läden, in denen sofortige Zahlung an der Kasse erwartet wird, und beim Geldwechseln, wenn Geld in der Erwartung sofortigen Herausgebens übergeben ist.[5][6]

3. Nicht selten ist der besondere *Vorbehalt des Eigenthumes* bis zur Zahlung des Preises[7] — pactum reservati dominii. Er findet sich auch neben Kreditirung des Preises. Viel Streit ist darüber, ob er eine *aufschiebende* oder *auflösende* Bedingung in sich schließt. Dem Worte nach deutet der Vorbehalt des Eigenthums auf eine aufschiebende Bedingung. In diesem Sinne wird er auch im Verkehre regelrecht bei Geschäften über Mobilien aufgefaßt, z. B. beim Verkauf von Nähmaschinen und deren Tradition unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur vollen Preiszahlung.[8] Verkauft also der Käufer die Maschine vorher, so begeht er eine Unterschlagung.[9] Nach dem Gebrauch zahlreicher Landschaften ist aber der Vorbehalt im *Grundstücksverkehr* als Resolutivbedingung aufzufassen. Zuweilen sieht man in ihm nur eine Hypothekenbestellung.[10]

§ 216. Die exceptio rei venditae et traditae.[1]

I. In mehreren Fällen überträgt die Tradition zwar nach strengem Rechte Eigenthum nicht, hat aber gleichwohl nach Billigkeit im wesentlichen den praktischen Erfolg der Eigenthumsübertragung.

---

wendbarkeit; eine allgemeine Anwendbarkeit wie in Rom hat er nicht. So ist es auch nach B.G.B. Die Regel des modernen Verkehres ist eine andere geworden als in Rom, und diese Regel ist maßgebend, da es sich um Auslegung der Parteiabsicht bei der Tradition handelt. Hierüber darf uns nicht täuschen, daß man allgemein die römische Regel als geltendes Recht lehrt und in praktischen Entscheidungen allgemein als solches citirt. Denn man wendet sie *im römischen Sinne* in der Praxis nicht an und kann dies auch nicht thun. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 1. Auflage S. 842 Anm. 19.

5) R.G. in Strafsachen Bd. 1 S. 289.

6) B.G.B. spricht sich über die Frage nicht aus. Das hier Gelehrte bleibt anwendbar.

7) Ueber das pactum reservati dominii vgl. Dunker im rheinischen Museum Bd. 5 n. 4 und 7, Thorsch, das pactum reservati dominii 1875, Wendt, Reurecht Bd. 2 S. 25 ff., Leist, Sicherung von Forderungen S. 44 ff., 52 ff.

8) So auch B.G.B. § 455.

9) R.G. in Strafsachen Bd. 3 S. 114.

10) Nicht richtig ist es, wenn Manche, z. B. Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 18a, in dem Vorbehalt „im Zweifel" eine auflösende, keine aufschiebende Bedingung sehen, weil es dem wahren Willen der Parteien nicht gemäß sei, daß der Käufer bis zur Zahlung des Preises kein Verfügungsrecht über die Sache habe. Häufig ist dies aber gerade die Absicht bei der Tradition unter dem Vorbehalt.

1) Tit. Dig. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3. Leonhard: die

Digitized by Google

Dies wird durch die exceptio und replicatio rei venditae et traditae vermittelt.[2] Der Veräußerer gilt in diesen Fällen trotz der Tradition formell als Eigenthümer und behält die Vindikation. Aber der Erwerber und seine Rechtsnachfolger haben materiell die Stellung des Eigenthümers, denn sie können, so lange sie im Besitze sind, die Vindikation des Veräußerers sowie seiner Rechtsnachfolger durch die exceptio rei venditae et traditae zurückweisen, und sie sind im Stande, wenn etwa der Besitz an den Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger zurückgelangt, gegen sie die actio Publiciana mit Erfolg durchzuführen, indem sie die ihnen entgegengestellte exceptio dominii durch replicatio rei venditae et traditae aus dem Felde schlagen.[3]

II. Die Fälle der exceptio rei venditae et traditae ordnen sich zwei Hauptkategorien unter. Bald knüpft sie sich nämlich *unmittelbar* an den Akt der Tradition oder gleichgestellte Ereignisse, bald tritt sie erst in Folge *späterer Umstände* ein.

1. In folgenden Fällen ersetzt sie unmittelbar die gehörige Tradition:

a) Der Käufer kommt zwar ohne Tradition seitens des Verkäufers, aber *mit dessen Willen in den Besitz*.[4]

b) *Ein Nichteigenthümer* übergiebt eine fremde Sache als eigene, aber in Folge des *Auftrages des Eigenthümers* oder

---

exceptio r. v. et tr. ein lebensfähiges Institut? in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 n. 6. Dort sind S. 184 Anm. 2 Dissertationen citirt. Vgl. auch Vangerow Bd. 1 § 334 Ziff. 3.

2) Ueber die Formel der exceptio siehe oben § 193 Anm. 6. Häufig wendete man exceptio doli an. H. Krüger z. L. v. d. exc. doli I S. 47. Die Einrede steht wie dem Käufer so auch Erwerbern auf Grund anderer Titel, z. B. einer Schenkung, zu.

3) l. 4 § 32 D. de doli mali exceptione 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum. Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem „si non suus esset" replicatione utereris: ac per hoc intellegeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet. So auch l. 2 D. h. t. 21, 3. Uebrigens sprach Julian gewiß von einer Mancipation an den Maevius. Die Kompilatoren setzten Tradition an die Stelle. Danach setzt der Fall mehrfachen Wechsel des Besitzes voraus, wie er nur unter ganz besonderen Umständen vorkommt.

4) l. 1 § 5 D. h. t. 21, 3. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem *sine vitio* fuerit nactus habet exceptionem. Der Käufer kauft z. B. eine Sache dem nichtbesitzenden Eigenthümer ab und verlangt sie auf Grund der Cession der Vindikation vom Besitzer. Unrichtig ist es, an Fälle zu denken, in welchen der Käufer den Besitz *ohne den Willen* des Verkäufers erhielt. Vgl. l. 5 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Paulus libro 63 ad edictum ... si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es. Siehe ferner die bei Leonhard a. a. O. S. 187 Anm. 4 citirten Stellen.

Digitized by Google

unter dessen Gewährleistung.[5] Diese wird namentlich darin gesehen, daß er dem Käufer wegen Eviktion Bürgschaft leistet.[6]

c) Ueberträgt der Eigenthümer seine Sache im Glauben sie gehöre einem Dritten, so ist zu unterscheiden:

Hat er sich persönlich zur Uebereignung verpflichtet, z. B. als Verkaufskommissionär, so steht ihm die exceptio rei venditae entgegen.[7] Ist er persönlich nicht verpflichtet und übereignet er unwissentlich die eigene Sache im Namen eines Anderen, so bleibt sein Eigenthumsrecht unberührt. Denn er handelt dann nur als Organ des Dritten, so daß er nicht den eigenen, sondern einen fremden Willen ausspricht.[8]

2. In folgenden Fällen konvalescirt die ursprünglich wirkungslose Tradition nachträglich mittels exceptio rei venditae et traditae:

a) Der Tradent veräußerte eine fremde Sache, wird aber später

---

5) l. 1 §§ 2 und 3 D. h. t. 21, 3. H. Krüger a. a. O. S. 48.

6) l. 11 C. de evict. 8, 44.

7) l. 49 D. mandati 17, 1. Marcellus libro 6 digestorum: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse. vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit eum emisset: de jure evictionis et de mandatu quaesitum est: et puto Titium quamvis quasi procurator vendidisset obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit, contra mandator si rem ab eo vindicare velit exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem. Zwei Fälle werden hier besprochen: a) Ich bin gutgläubiger Besitzer des Sklaven des Titius, Titius verkauft und tradirt seinen Sklaven als mein Mandatar, ohne sein Eigenthum zu kennen. Hier geht zwar Eigenthum nicht über, aber es steht dem Titius die exceptio rei venditae et traditae entgegen. b) Größere Schwierigkeiten macht der zweite Fall. Seit der Glosse — gl. dominium zu l. 1 § 1 D. officia proc. Caesaris 1, 19 — konstruirte man ihn der Art, daß der Eigenthümer Titius Jemanden beerbe, welcher den Sklaven von einem Nichteigenthümer gekauft und tradirt erhalten, und daß Titius, seines selbständigen Eigenthumes unkundig, den Auftrag gab, den Sklaven, welchen er als einen ererbten ansah, zu verkaufen. Hieraus würde sich der Rechtssatz ergeben, daß Irrthum des Uebertragenden über den Grund seines Eigenthumes den Eigenthumsübergang an sich hindere. Aber dieser Satz ist, wie Jhering mit Recht hervorhebt, unannehmbar. Jhering hat dagegen — Jahrbücher Bd. 1 S. 306 Anm. 35, Bd. 2 S. 176 ff. — folgende Erklärung gegeben. Der E. hat einen Sklaven in seinem Besitze verkauft, den er für den seinigen hält, der in Wirklichkeit aber dem Titius gehört; ehe er ihn tradirt, stirbt der Käufer und wird von Titius beerbt. Titius giebt, sein Eigenthum nicht kennend, statt sich den Sklaven abliefern zu lassen, dem E. den Auftrag, den Sklaven zu verkaufen. Hier geht Eigenthum nicht über, weil E. die eigene Sache und nicht die des Titius zu verkaufen denkt. Aber dem Titius steht die exceptio rei venditae et traditae entgegen. Verschiedene Erklärungsversuche stellt zusammen Landsberg, die Glosse des Accursius S. 124 Anm. 1.

8) l. 35 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 311 Anm. 3.

Digitized by Google

Eigenthümer derselben. Ein solcher Uebereignungsakt war zwar nach strengem Rechte, weil ursprünglich ungültig, unwirksam. Aber Billigkeit verlangte die Konvaleszenz.[9]

b) Der Tradent veräußerte eine fremde Sache, er wird aber von deren Eigenthümer beerbt. Auch hier konvalescirt die anfänglich ungültige Veräußerung, soweit der Erbe den Erblasser repräsentirt, durch exceptio rei venditae et traditae.[10]

Hat sich aber ein Nichteigenthümer für den Fall der Eviktion der Kaufsache verbürgt, und wird er von dem Eigenthümer dieser Sache beerbt, so konvalescirt die Veräußerung nicht.[11]

Wer durch exceptio und replicatio rei venditae et traditae geschützt war, galt in Rom zwar nicht als Eigenthümer, aber er war es der Sache nach, sein Veräußerer hatte „nudum jus", den bloßen Namen des Eigenthümers. Es war daher nicht allzu gewagt, im gemeinen Rechte da Eigenthum anzunehmen, wo die Römer eine exceptio rei venditae et traditae eingreifen ließen.[12] Hierin lag nur eine vollständige Durchführung dessen, was das prätorische Recht der Römer angebahnt hat. Jedenfalls ist es so nach B.G.B. § 185.

§ 217. Veräußerungsverbote.

Veräußerungsverbote sind gesetzliche, richterliche, vertragsmäßige oder testamentarische.[1]

---

9) l. 1 pr. D. h. t. 21, 3, l. 2 D. eod.

10) l. 1 § 1 D. h. t. 21, 3, l. 73 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de r. v. 3, 32, l. 14 C. de evict. 8, 44. Wird der Eigenthümer Theilerbe des Veräußerers, so konvalescirt das Eigenthum zum entsprechenden Theile, l. 14 C. de rei vind. 3, 32. Wird er Beneficialerbe, so tritt die Konvaleszenz nur zu der Eigenthumsquote ein, welche dem Werthe des dem Erben nach Berichtigung der Erbschaftsschulden Verbliebenen entspricht; denn über den Betrag des Nachlasses hinaus hat der Beneficialerbe nichts aufzuopfern.

11) l. 31 C. de evict. 8, 44. Die traditionelle Regel: quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio ist also nicht durchaus zutreffend.

12) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 206. Die Quellen billigen die exceptio rei venditae et traditae nur dem Abkäufer und dessen Rechtsnachfolgern zu. Hieraus läßt sich schließen, daß der Veräußerer von Dritten, die nicht Rechtsnachfolger jenes Abkäufers waren, noch vindiciren durfte. Hierin kann man eine materielle Wirkung des ihm verbleibenden Eigenthumes finden. Es ist indessen die Beziehung, welche der gegenwärtige Besitz begründet, eine gewichtigere als die, welche ein Eigenthum herstellt, dessen sich der Eigenthümer entäußerte, und es bleibt die Frage, ob man nicht doch dem Besitzer, wenn der Fall vorgekommen wäre, durch exceptio doli geholfen hätte. Jedenfalls hätte der Veräußerer, welcher eine derartige Vindication durchgesetzt hätte, die Sache seinem Abkäufer oder dessen Rechtsnachfolgern restituiren müssen. Jene denkbare Wirkung des dem Veräußerer zugeschriebenen Eigenthumes ist hiernach problematisch und fruchtlos. Die Rechtslage wird also kaum geändert, wenn wir den Abkäufer als Eigenthümer ansehen.

Digitized by Google

1. Diese gesetzlichen Veräußerungsverbote spielen seit Augustus eine große Rolle.[2] Sie entsprachen den Anschauungen einer allmählig der Erstarrung verfallenden Gesellschaft und wurden im Laufe der Kaiserzeit immer mehr gesteigert. Allerdings wirken die meisten dieser Verbote nur temporär, sie können aber doch auf eine lange Reihe von Jahren hinaus auf dem Eigenthume lasten und damit die Freiheit des Verkehres vollständig hemmen.

Gesetzliche Veräußerungsverbote betrafen unter anderem streitige Sachen,[3] Dotalgrundstücke, landwirthschaftliche Grundstücke der Minderjährigen, vermachte Gegenstände. Im gemeinen Rechte wurden sie zum Theil abgeschwächt, zum Theil beseitigt, wie dies bei den einschlagenden Lehren darzulegen ist.

Die gesetzlichen Veräußerungsverbote machen Zuwiderhandlungen nichtig. Sie stehen also jeder Entäußerung entgegen, welche direkt auf dem Willen der Person beruht, gegen welche sich das Verbot richtet,[4] insbesondere der Tradition; aber sie hindern auch die Ersitzung Dritter, wenn ihr durch wissentliche und gewollte Zulassung dessen, gegen den das Verbot geht, Raum geschafft werden sollte.[5]

Sie schließen nicht bloß die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch Bestellung von Hypotheken und von anderen dinglichen Rechten, selbst von Prädialservituten aus.[6]

---

1) Lauk, Veräußerungsverbot in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 1.

2) Vgl. Bachofen, ausgewählte Lehren 1848 n. 2—7, Fr. Schröder, gesetzliche Veräußerungsverbote 1875.

3) Siehe oben § 155.

4) l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27, 9. Ulpianus libro 35 ad edictum: Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat, et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit. Nicht so allgemein B.G.B. § 131.

5) Viele Schriftsteller behaupten, die gesetzlichen Veräußerungsverbote schlössen die ordentliche Ersitzung schlechthin aus. So Vangerow Bd. 1 § 317 S. 591, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 14. Dies entspricht aber nicht dem Begriffe der Veräußerung, welche einen Willensakt des Eigenthümers oder seines Vertreters fordert, und stimmt auch nicht mit den Quellen. Allerdings besagt l. 28 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum: Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Wenn aber der Vordersatz feststellt, daß Veräußerung auch in einer Ersitzung liegen kann, so zeigt der Nachsatz, daß dies nicht schlechthin der Fall ist. Aus l. 16 D. de fundo dotali 23, 5 ergiebt sich bestimmt, daß nicht jede Ersitzung durch ein Veräußerungsverbot betroffen wird. Die l. 12 § 4 D. de Publ. in rem actione 6, 2 gehört nicht hierher, bezieht sich vielmehr allein auf die actio Publiciana. Demnach erachtet Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 27 n. 7, Bd. 51 S. 253 nur die Ersitzung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen. Schröder a. a. O. S. 5 theilt die hier vertretene Ansicht, daß bloß die gewollte Zulassung der Ersitzung als Veräußerung aufzufassen ist.

6) l. 3 § 5 D. de rebus eorum 27, 9, l. 7 C. de rebus alienis 4, 51.

Digitized by Google

Sie betreffen endlich nicht bloß den dinglichen Erfolg, sie machen auch das obligatorische Geschäft nichtig, welches denselben zum Ziele hatte, insbesondere den Verkauf,[7] da sie sonst ihren wirthschaftlichen Zweck verfehlen würden.[8]

Das Veräußerungsverbot, welches gegenüber einem Miteigenthümer in Wirksamkeit tritt, berührt die anderen Miteigenthümer nicht; ebensowenig betrifft es bestehende Pfandrechte.[9]

2. Richterliche Veräußerungsverbote haben dieselbe Kraft wie gesetzliche.[10]

3. Verträge, welche die Nichtveräußerung einer Sache sowie Beschränkungen des Veräußerungsrechtes ausbedingen, entbehren der dinglichen Wirksamkeit.[11]

Im Falle der Verletzung hat der Stipulant daher nur eine persönliche Klage gegen den Promittenten auf sein Interesse an der Nichtveräußerung, falls er ein solches darthun kann. Der dritte Erwerber unterliegt der Klage auch dann nicht, wenn er den Vertragsbruch seines Autors kannte.

Der Vertrag, durch welchen der Verpfänder dem Pfandgläubiger die Nichtveräußerung der Pfandsache zusagt, ist jedoch ausnahmsweise dinglich wirksam und macht die vertragswidrige Veräußerung nichtig.[12]

7) Schröder a. a. O. S. 14, S. 171, Kohler, Abhandlungen S. 222. Demgemäß kann auch der Veräußerer selbst das Veräußerte vindiciren, ohne daß ihm eine exceptio rei venditae et traditae entgegengestellt werden kann, Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 8 S. 183 ff. Doch ist die Frage bestritten; siehe die bei Windscheid Bd. 1 § 172a Anm. 2 Citirten. Der gutgläubige Erwerber hat Anspruch auf Schadloshaltung, siehe unten Bd. 2 § 16 Anm. 13, W. Oehlschläger, Vindikation der gegen ein gesetzl. Veräußerungsverbot veräußerten Sache, Gött. Inauguraldiss. 1892.

8) Die Veräußerung konvalescirt durch späteres Eintreten von Umständen, die ergeben, daß sie den Intentionen des Gesetzes, aus welchen das Verbot floß, nicht zuwiderläuft. l. 42 D. de usurp. 41, 3.

9) l. 1 § 2 in fine D. de rebus eorum 27, 9.

10) l. 12 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 5 D. pro emptore 41, 4, vgl. l. 8 in fine D. de pollicit. 50, 12. C.P.O. § 938 Abs. 2, K.O. § 106. Ebenso B.G.B. § 137.

11) Ebenso B.G.B. § 133. — Ursprünglich behandelten die Römer Verträge über Nichtveräußerung als nichtig. l. 61 D. de pactis 2, 14. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet. Sie galten also als gegen das Wesen des Eigenthumes verstoßend. Später räumte man dem Stipulanten eine Klage auf das Interesse ein. l. 21 § 5 D. de a. e. v. 19, 1. l. 135 § 3 D. de verb. obl. 45, 1, l. 9 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Hat Jemand eine Sache mit der Bestimmung verkauft, daß sie der Käufer nicht oder nur unter gewissen Beschränkungen weiter verkaufen dürfe, und hält der Käufer das Versprechen nicht, so kann der Verkäufer gegen ihn auf den Mehrbetrag des Kaufpreises klagen, den er selbst im Falle eines Verkaufes ohne die Auflage solcher Beschränkungen hätte erzielen können. Der Verkäufer kann sich besser durch Zufügung einer auflösenden Bedingung für den Fall der Weiterveräußerung durch den Käufer schützen.

12) Vgl. oben § 9 Anm. 8. Nach B.G.B. § 1136 ist der Vertrag nichtig.

Digitized by Google

4. Testamentarische Veräußerungsverbote hatten nach älterem römischen Rechte keine Kraft. Dies änderte sich aber später.[18]

§ 218. Eigenthumszutheilung durch Richterspruch.

1. Die Aufgabe des Richters im Streit um Eigenthum ist, das bestehende Recht zu sichern und anzuerkennen, nicht aber, neues Recht zu schaffen.[1]

Doch kommt, wer im Eigenthumsstreite gegenüber dem Eigenthümer mit Unrecht rechtskräftig obsiegt, nahezu in die Stellung eines Eigenthümers. Denn er kann die Sache nunmehr dem Besiegten und dessen Rechtsnachfolgern entwinden und, wenn er den Besitz einmal erlangt, später aber verloren hat, auch gegen Dritte publicianisch klagen.[2 3]

2. Es giebt aber auch Fälle, in welchen der Richter zur Neubegründung von Eigenthum berufen ist.

a) Die Theilungsklagen ermächtigen ihn zur Zutheilung von Eigenthum an die Streitenden. Solche Klagen sind die actio familiae erciscundae unter den Miterben, die a. communi dividundo unter den Genossen, die a. finim regundorum unter den Grenznachbarn. Die Zutheilung kann so geschehen, daß der Richter die gemeinschaftliche Sache reell theilt, oder so, daß er sie einem der Betheiligten gegen Leistung einer Entschädigung an die Uebrigen ganz überweist. Das Eigenthum am Zugetheilten entsteht mit der Rechtskraft des Urtheiles. Besitzübertragung wird nicht gefordert.[4] Der Erwerb setzt voraus, daß die zugetheilten Objekte nicht Anderen als den Prozeßparteien gehörten, bildet also eine Succession, ist derivativ.[5]

b) Der Zuschlag in der nothwendigen gerichtlichen Versteigerung begründet nach gemeinem und nach Reichsrecht unmittelbar Eigenthum.[6]

---

13) Pernice, Labeo Bd. 3 S. 60 Anm. 5, Fitting im Archiv f. civ. Pr. Bd. 51 S. 270.

1) Vgl. oben § 161 Anm. 4.

2) Vgl. l. 3 § 1 D. de Publiciana in rem act. 6, 2. Daß das Urtheil Ersitzungstitel ist, darüber vergleiche unten § 220 Anm. 30.

3) Würde der mit der Vindikation Obsiegende auf die Geltendmachung des rechtskräftigen Urtheils verzichten, so blieben dem Besiegten alle seine Rechte. Hieraus ergiebt sich, daß das unrichtige rechtskräftige Urtheil den Sieger nicht zum Eigenthümer macht, wie sehr sich auch seine Stellung derjenigen eines Eigenthümers nähert.

4) § 7 J. de officio judicis 4, 17.

5) l. 17 D. de usurp. 41, 3 fordert daher noch „Ersitzung" der zugetheilten Sache des Dritten.

6) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 263 Anm. 16 und dort Citirte; Stobbe, deutsches Pr.Recht Bd. 2 § 92 Anm. 1; Reichsges. über die Zwangsverst. § 90.

Digitized by Google

c) Ein häufiges Strafmittel des gemeinen Rechtes war die Konfiskation, d. h. Anfall des Eigenthumes einer Sache an den Fiskus von Rechtswegen in Folge eines Deliktes mit dessen Begehung.[7]

Nach den Strafgesetzen des Reiches ist in der Regel an die Stelle der Konfiskation die Einziehung,[8] d. h. Zutheilung des Eigenthumes an den Fiskus durch Strafurtheil getreten. Der Einziehung unterliegen die durch das Vergehen hervorgebrachten und die dabei unmittelbar benutzten Objekte. Sie ist in der Regel vom Ermessen des Richters abhängig,[9] in einigen Fällen gesetzlich geboten.[10] Regelmäßig ist sie durch das Eigenthum des Verurtheilten am einzuziehenden Objekte bedingt, bei gewissen Vergehen, z. B. bei Feilhalten verfälschter oder verdorbener Nahrungsmittel, tritt sie hiervon unabhängig ein.[11]

VI. Die Ersitzung.[1]

§ 219. Begriff und Geschichte der Ersitzung.

I. Ersitzung ist Eigenthumserwerb durch einen die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzten Besitz.[2]

So definiren noch die späteren römischen Juristen die Ersitzung und treffen hiermit den Kern des Institutes. Denn die Grundlage der Ersitzung bildet nicht, wie manche Neuere vermeinen, der Titel, nicht der gute Glaube. Diese Anforderungen sind erst in verhältnißmäßig später

---

7) l. 14 D. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4. Ulpianus libro 8 disputationum: Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. nam quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali adquiritur: ea propter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem sic et adversus heredem competit. So auch Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 § 134 ff, § 156.

8) Nissen, die Einziehung, in den Straßburger Festgaben für Planck 1887, O. Köbner, die Einziehung, Berl. Inauguraldiss. 1890, bes. S. 59 ff.

9) Strafgesetzbuch § 40. Die bezüglichen Gegenstände sind bereits während der Untersuchung in Verwahrung zu nehmen oder sonst sicher zu stellen, Strafprozeßordnung § 94.

10) Vgl. z. B. Strafgesetzbuch § 152, § 295.

11) Strafgesetzbuch § 295, § 367 letzter Absatz.

1) Tit. Dig. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3. Unterholzner, Verjährungslehre 1827, 2. Auflage bearbeitet von Schirmer 1858. Vgl. Schirmer, die Grundidee der Usukapion 1855 und dessen Aufsätze über bona fides und justus titulus in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 15 n. 7 und 9, Bd. 16 n. 1.

2) l. 3 D. de usurp. 41, 3. Modestinus libro 5 pandectarum: Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, d. h. das Eigenthum tritt dem Besitz hinzu. Modestinus hat seinen Lehrer ausgeschrieben. Ulpiani fragmenta XIX § 8: Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii. Aber auch Ulpian war schwerlich der erste, welcher diese Definition formulirte.

Digitized by Google

Zeit von den Römern gestellt worden, damit die Ersitzung nicht zum Schaden der Ehrbarkeit und guten Sitte übertriebene Geltung gewinne. Der Grundgedanke der Ersitzung ist vielmehr, daß die Zeit den Besitz zum Rechte erhebt.[3]

II. Die heidnische Kaiserzeit kannte zwei Ersitzungsinstitute, die usucapio und die longi temporis praescriptio.

1. Bereits die 12 Tafeln regelten die usucapio. Sie bestimmten in allgemeinster Weise, daß Grundstücke binnen 2 Jahren, die übrigen Objekte binnen 1 Jahre ersessen würden.[4] Gestohlene Sachen waren schon in den 12 Tafeln ausgenommen. Ob bloß zum Nachtheile des Diebes oder auch Dritter muß hier dahingestellt bleiben.

So rasche und so allgemeine Ersitzung war zu ertragen, so lange die Römer in einem mäßigen Gebiete zusammensaßen. Mit der Ausdehnung des Staates und dem Wachsen des Volkes trat die Nothwendigkeit ein, Schranken zu ziehen.

Zunächst geschah dies dadurch, daß man zahlreiche Objekte der Ersitzung entrückte. Die lex Atinia insbesondere entzog die res furtivae schlechthin der Ersitzung, solange sie nicht in die Gewalt ihres Eigenthümers zurückgekehrt waren,[5] die lex Plautia bestimmte Aehnliches bezüglich der res vi possessae. Es gehört in diesen Zusammenhang, daß eine lex Scribonia die Ersitzung von Servituten geradezu aufhob.[6]

3) Der Besitz, sagt Schirmer, Grundidee der Usukapion S. 39, mit Recht, ist die Grundlage der Ersitzung. Damit ist natürlich nur der Besitz gemeint, welcher längere Zeit dauerte. Daher ist Schirmers Auffassung derjenigen von Stintzing, das Wesen der bona fides S. 6, nahe verwandt, daß die Ersitzung einen Zustand wegen seiner Dauer zum Rechte erhebe, daß die Zeit in ihr das rechtserzeugende Element bilde. — Brinz betrachtet Bd. 1 § 153 den gutgläubigen Besitz als die Grundlage der Usukapion, und Scheurl, Beiträge Bd. 2 Heft 1 S. 29 ff., will das Hauptgewicht auf den Titel legen. Hiergegen spricht a) die 12 Tafeln machen den Besitz, aber keineswegs den gutgläubigen oder den titulirten Besitz zur Grundlage der Ersitzung; b) noch in die Kaiserzeit hinein ragen Fälle der Ersitzung ohne bona fides, nämlich die usucapio pro herede und die usureceptio, über welche Gaj. Inst. II §§ 52 ff. zu vergleichen ist; die Unersitzbarkeit zahlreicher Objekte ist vollständig nur verständlich, wenn wir annehmen, daß sie aus einer Zeit stammt, in welcher die bona fides noch kein Erforderniß der Ersitzung war. Vgl. Dernburg, Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 173 Ziff. 5, Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 337. Daß die Usukapion ursprünglich bona fides nicht forderte, vertheidigte besonders Stintzing, bona fides S. 8 ff. Vgl. Dernburg, krit. Ztschr. Bd. 3 S. 149, Krüger zu Puchtas Institut. Bd. 2 S. 208, Karlowa, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 392.

4) Cicero pro Caecina cap. 4 spielt auf die Worte der 12 Tafeln in folgenden Wendungen an: usus auctoritas fundi biennium est ... caeterarum rerum omnium annuus est usus, vgl. Cicero pro Caecina cap. 19. Ueber die Fassung des bezüglichen Passus der 12 Tafeln siehe Danz, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 122 ff., Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 328.

5) Gaj. Inst. II § 45. Gellius noctes atticae XVII, 7. Ueber die Zeit der lex Atinia vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 340 Anm. 3, siehe auch unten § 220 Anm. 9 ff.

6) l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3.

Digitized by Google

Dann forderte man zur Ersitzung einen Titel des Ersitzenden, d. h. Thatsachen, welche seinen Besitzerwerb äußerlich rechtfertigen.

Und schließlich verlangte das feiner ausgebildete humane Rechtsgefühl auch bona fides des Ersitzenden.

2. Die Usukapion stand als civiles Institut nur Römern offen, und es unterlag ihr nur, was des quiritarischen Eigenthumes fähig war.

Als Surrogat führte man bezüglich der Provinzialgrundstücke und behufs der Sicherung des Erwerbes von Mobilien durch Peregrinen die longi temporis praescriptio ein.[7] [8] Sie verlangte ruhigen Besitz 10 Jahre hindurch inter praesentes, d. h. wenn die Betheiligten in derselben Provinz wohnten, und 20 Jahre hindurch inter absentes, d. h. wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnten. Sie war zunächst Einrede, aber man gab dem Präskribenten auch eine Klage, wenn er den Besitz nach Vollendung der Zeit verloren hatte.[9] Demzufolge begründete sie das an Provinzialgrundstücken mögliche Eigenthum.[10] Die Rechtssätze der Usukapion wurden zum großen Theile auf die longi temporis praescriptio übertragen. Die Zurechnung des Besitzes des Vorgängers auf den Nachfolger bildete sich jedoch bei der longi temporis praescriptio mit ihren längeren Fristen zuerst aus.

3. Im oströmischen Reiche gestaltete sich das Ersitzungsrecht in folgender Art. Mobilien wurden schlechthin durch usucapio erworben, da alle Unterthanen als Römer galten, die Immobilien aber, welche altes Provinzialland waren, ersaß man durch longi temporis praescriptio. Dies natürlich abgesehen von denjenigen Grundstücken, welche das jus Italicum hatten und deshalb der Usukapion fähig waren.

Durch eine Verordnung vom Jahre 531 bildete Justinian aus usucapio und longi temporis praescriptio ein einheitliches Institut,[11] indem er jeden Unterschied zwischen ihnen verwarf.[12] Dennoch treten im justinianischen Gesetzeswerke noch einige Verschiedenheiten hervor,

---

7) Die praescriptio longi temporis wird in den Kommentaren des edictum perpetuum nicht erwähnt. Lenel, edictum perpetuum S. 403. Sie stammt wohl aus den Provinzialedikten.

8) Der praescriptio longi temporis bei Mobilien gedenken l. 3 und l. 9 D. de div. temp. praescr. 44, 3, ebenso l. 1 C. de fugitivis 6, 1.

9) Justinian versichert dies ausdrücklich in der l. 8 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Es besteht kein Grund, seine Angaben zu bezweifeln. Einer actio utilis gedenkt die l. 13 § 1 D. de jurejurando 12, 2. Anderer Ansicht ist u. a. Grueber, Einfluß der Eigenthumsklage auf die Ersitzung 1875 S. 30.

10) Vgl. oben § 193 Ziff. 2.

11) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

12) l. un. C. cit. . . . sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

Digitized by Google

welche zwischen den beiden Instituten früher bestanden. Es ist in solchen Fällen diejenige Rechtsnorm als maßgebend anzusehen, welche dem Gesammtcharakter des Instituts und den allgemeinen Principien des Rechtes am meisten entspricht. Nicht richtig ist es, wie Einige thun, der alten usucapio oder, wie Andere wollen, der alten praescriptio als solcher den Vorzug zu geben oder gar, wie die Glosse lehrte, die Sätze der usucapio nur auf Mobilien, die der praescriptio nur auf Immobilien zu beziehen.[13]

2. Schon im Jahre 528 hatte Justinian gutgläubigen Erwerbern des Besitzes, welche die Einrede der 30- oder 40-jährigen Verjährung gegen die Eigenthumsklage erworben hatten, im Falle des Besitzverlustes eine Vindikation zugetheilt.[14] Er bildete damit diese Einrede zum Eigenthumserwerbe um. Dies nennt man außerordentliche Ersitzung, im Gegensatze zu der auf Grund der usucapio gebildeten ordentlichen Ersitzung. Die außerordentliche Ersitzung bleibt jedoch im Folgenden zunächst außer Betracht, da sie auf einer eigenartigen Grundlage beruht. Wir bezeichnen daher die gewöhnlich sogenannte ordentliche Ersitzung als Ersitzung schlechthin.[15]

§ 220. Erfordernisse der Ersitzung.

Die Ersitzung des justinianischen Rechtes fordert *Besitz* während der *gesetzlichen Zeit*, ferner eine *ersitzungsfähige Sache* und endlich Erwerb auf Grund eines *Titels* und in *gutem Glauben*.[1]

1. Die Grundlage ist *Eigenthumsbesitz*[2] einer Sache oder eines *ideellen Theiles derselben*[3] während der Ersitzungszeit.

---

13) Die Glosse nahm an, es bestünden im justinianischen Rechte zwei Institute nebeneinander fort, nämlich die usucapio für Mobilien als eigentliche Ersitzung und die longi temporis praescriptio für Immobilien als Quasiersitzung, vgl. Landsberg die Glosse S. 147. Die Ansicht der Glosse vertheidigte noch Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio, Gießen 1835. — Donellus comm. V. 4 §§ 8 ff. verstand Justinian dahin, daß unter Abschaffung der usucapio nur die praescriptio stehen bleibe. — Vangerow Bd. 1 § 316 betrachtet die usucapio als die Grundlage, welche nur durch mehrere Sätze der praescriptio modificirt wurde.

14) l. 8 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 III Id. Dec. a. 528.

15) B.G.B. § 937 bestimmt: „Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigenthum (Ersitzung).“ Mangel guten Glaubens beim Erwerb des Eigenbesitzes schließt die Ersitzung aus. Ebenso ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn der Besitzer später erfährt, daß ihm das Eigenthum nicht zusteht. Ein Titel des Besitzerwerbes ist nicht erforderlich. Diese Ersitzung entspricht mehr der außerordentlichen als der ordentlichen Ersitzung des gemeinen Rechts. An die Stelle der letzteren ist sofortiger Eigenthumserwerb auf Grund der §§ 932 ff. getreten. Vgl. noch § 900 über die sogenannte Tabularersitzung.

1) Ein alter Hexameter formulirt die Erfordernisse der Ersitzung: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

2) l. 25 D. de usurp. 41, 3. Licinnius Rufinus libro 1 regularum: Sine

Digitized by Google

Es giebt Fälle, in welchen man ersitzt, obgleich man juristischen Besitz, d. h. Interdiktenbesitz, nicht hat. Insbesondere ersitzt der Verpfänder, welcher seine Sache zum Faustpfand giebt, obgleich ihm der juristische Besitz fehlt, solange sie der Pfandgläubiger besitzt.[4]

Wer ferner Materialien, die er im Ersitzungsbesitze hat, in sein Haus verbaut, verliert zwar den besonderen Besitz an ihnen, aber die Ersitzung vollendet sich gleichwohl, da er die Sache thatsächlich in der Gewalt behält.[5] Ja die Ersitzung läuft beim Tode des Besitzers fort, solange sich kein Dritter in den Besitz setzt, die Sache also in der Sphäre der Erbschaft bleibt.[6][7]

2. Die Sache muß ersitzungsfähig sein.

Was des privaten Eigenthums unfähig ist, kann nicht ersessen werden.[8] Aber auch zahlreiche Objekte, die im Privateigenthume stehen, sind der Ersitzung entzogen.

a) Ersitzungsunfähig sind gestohlene Sachen — res furtivae —, so lange sie nicht in die Gewalt ihres Eigenthümers zurückgekehrt sind.[9] Nicht ersitzbar ist daher die gestohlene Sache in der Hand gutgläubiger Besitzer selbst dann, wenn sie die Sache nicht vom Diebe oder dessen Nachfolgern erhielten.[10] Die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen genügt nicht zur Aufhebung des Makels — vitium — der Furtivität; die gestohlene Sache muß vielmehr an ihren Eigenthümer zurückgelangen.[11] Rückkehr in die Gewalt liegt vor, wenn der

---

possessione usucapio contingere non potest, l. 13 pr. D. eod. Paulus libro 5 ad Plautium. Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

3) l. 4 § 1 D. pro emptore 41, 4, l. 26 D. de a. vel a. p. 41, 2.

4) l. 16 D. de usurp. 41, 3, l. 1 § 15 D. de a. vel a. poss. 41, 2.

5) Vgl. oben § 176 Anm. 6.

6) l. 40 D. de usurp. 41, 3.

7) Siehe überhaupt Bekker, Recht des Besitzes S. 70.

8) l. 9, l. 45 pr. D. de usurp. 41, 3.

9) Natürlich ist der römische Begriff des Diebstahls zu Grunde zu legen, welcher Diebstahl und Unterschlagung und außer furtum rei auch f. usus und f. possessionis umfaßt.

10) Die Früchte gestohlener Sachen sind furtiv, wenn sie von dem Diebe oder einem bösgläubigen Besitzer gewonnen oder doch veräußert werden. Besitzt ein gutgläubiger Besitzer die gestohlene Sache, so wird er Eigenthümer der Früchte, l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3. Ueber l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2 vgl. oben § 205 Anm. 1, 2. Bezüglich der Furtivität des Kindes einer gestohlenen Sklavin gingen die Ansichten der römischen Juristen auseinander. Die Streitfrage ist hier nicht zu verfolgen. Vgl. Max Beer, über die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen 1884. Siehe auch oben § 78 Anm. 19.

11) l. 4 § 6 D. de usurp. 41, 3. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique, cui subreptum est, igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in

Digitized by Google

Eigenthümer die Sache, wissend, daß sie die seine ist, so erhält, daß sie ihm nicht possessorisch abgestritten werden kann.[12] Es genügt aber auch, daß der Eigenthümer in der Lage ist, sich die Sache durch Vindikation zurückzuverschaffen.[13]

b) Gewaltsam in Besitz genommene Immobilien sind so lange der Ersitzung entzogen, bis sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückkommen.[14 15]

c) Gleiches gilt für das von Beamten Erpreßte.[16]

d) Streitige Grenzen unterliegen der ordentlichen Ersitzung gleichfalls nicht.[17]

e) Ebenso sind unersitzbar Sachen des Staats,[18] des Regenten,[19] die Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen.[20 21]

---

potestatem domini redire debet. Die Lehre von der Furtivität wurde von den römischen Juristen, weil sie als bloß positiv galt, mit kasuistischem und formalistischem Scharfsinne behandelt. Nicht furtiv wird die Sache, wenn sie der Eigenthümer dem Faustpfandgläubiger entwendet, denn sie kehrt zum Eigenthümer zurück, l. 4 § 21 D. de usurp. 41, 3, furtiv aber wird sie, wenn der Eigenthümer dadurch ein furtum gegen den Hypothekar begeht, daß er die speciell verhypothecirte Mobilie verkauft; denn in diesem Falle kehrt sie nicht zum Eigenthümer zurück, sondern geht von ihm fort, l. 6 C. de usucap. pro emptore 7, 26. Arndts § 162 Anm. 3c will diese Erklärung nicht gelten lassen, weil sie „mera suptilitas" sei; aber die Juristen behandelten eben die Lehre im Sinne bloßer Subtilität. Daher wird die Sache auch furtiv, wenn sie der gutgläubige Nichteigenthümer dem Gläubiger entwendet, dem er sie zum Pfande gab; denn sie gelangt dann nicht an ihren Eigenthümer, l. 49 D. de usurp. 41, 3. Vgl. unten Anm. 14.

12) l. 4 §§ 12 und 25 D. de usurp. 41, 3. l. 41 D. eod.

13) l. 215 D. de V. S. 50, 16.

14) Dies Ersitzungsverbot gehört der lex Plautia de vi an. — Die Auslegung des Gesetzes — l. 4 §§ 22—28 D. de usurp. 41, 3 — war äußerst subtil. Beispielsweise gilt es nicht als vi possessum, wenn man sich in Abwesenheit des Besitzers in den Besitz setzt und ihn dann an der Rückkehr in seine Sache verhindert, l. 4 § 27 cit., siehe noch l. 33 § 2 D. eod. A. Anf. Brinz vacua possessio Bd. 1 S. 506, Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43, 44. Theil 5 S. 62. Ueber l. 6 § 3 D. de precario 43, 26 gehen die Ansichten auseinander, vgl. Vangerow Bd 1 § 317 S. 588.

15) Die nov. 119 cap. 7 schließt die Ersitzung in der Hand des ersten Erwerbers vom malae fidei possessor aus, weil er keine rechte bona fides habe, vorausgesetzt, daß der Eigenthümer die Veräußerung an ihn nicht kannte. Viele, z. B. Vangerow Bd. 1 § 317 S. 590, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 8, behaupten, daß nach dem „Geiste" der Verordnung Justinians Immobilien, welche durch einen unredlichen Besitzer veräußert wurden, überhaupt „unersitzbar" würden. Aber der Grund Justinians — der Verdacht der mala fides — besteht bei spätern Erwerbern nicht mehr. Die singuläre Bestimmung zu erweitern und zur Ausschließung der Ersitzung zu steigern, ist ebenso principwidrig wie unzweckmäßig.

16) l. 8 D. de lege Julia repetundarum 48, 11, l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

17) l. 6 C. fin. reg. 3, 39.

18) Dies war altrömisches Verfassungsrecht. Vakante Erbschaftssachen werden erst unersitzbar, wenn Schritte geschehen sind, um sie dem Fiskus zuzueignen, l. 18 D. de usurp. 41, 3.

19) l. 1, l. 2 C. ne rei dominicae 7, 38.

20) nov. 111 cap. 1, nov. 131 cap. 6, cap. 8 X. de praescr. 2, 16.

Digitized by Google

f) Endlich sind Sachen der Minderjährigen unersitzbar.[22]

3. Die Ersitzung fordert weiter einen Titel,[23] d. h. Vorgänge, welche den Erwerb des Eigenthumsbesitzes als rechtmäßig erscheinen lassen.[24]

Vornehmlich gelten als Titel Rechtsgeschäfte, und zwar theils zweiseitige, wie Kauf — titulus pro emptore —, Schenkung — pro donato —, Dosbestellung — pro dote —, an welche sich eine Tradition anschließt, theils einseitige, insbesondere Vermächtnisse, welche zum Besitzerwerbe führen.[25]

---

21) Ob auch Sachen der Städte — abgesehen von den öffentlichen, l. 9 D. de usurp. 41, 3 — unersitzbar seien, ist bestritten. — Ein derartiges Ersitzungsverbot ist nicht nachweisbar, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 5, dagegen freilich Bangerow Bd. 1 § 317 Anm. A. 4.

22) Auch dies ist bestritten. Die alte usucapio lief auch bezüglich der Sachen der Pupillen, l. 2 D. de eo qui pro tutore 27, 5. Restitution wurde aber gegen sie ertheilt, l. un. C. si adversus usuc. 2, 35. Dagegen lief die longi temporis praescriptio gegen Minderjährige nicht, l. 3 C. quibus non objiciatur 7, 35. Was gilt in dieser Hinsicht für das justinianische Ersitzungsrecht? Gewiß das Recht der longi temporis praescriptio. Bestimmt doch Justinian in der l. 5 C. in quibus causis in integrum 2, 40 . . . in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant eas ipso jure non currere . . . videlicet exceptionibus XXX et XXXX annorum in suo statu remanentibus. Der justinianische Sprachgebrauch bezieht die „temporales exceptiones" auch auf die Ersitzung. l. 30 § 2 C. de jure dot. 5, 12. Vgl. l. 2 § 1 C. de annali exceptione 7, 40. So Arndts, civ. Schriften Bd. 1 n. 14, Pand. § 162 Anm. 1; dagegen betrachtet Bangerow Bd. 1 § 317 Anm. A. 5 die Regel der alten usucapio für die justinianische Ersitzung auch hier als maßgebend.

23) Ueber den Ersitzungstitel vgl. die eingehenden und sorgfältigen Untersuchungen von Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 1 und 15, Bd. 52 n. 1, 9 und 16, ferner Bernhöft, titulus justus und titulus putativus 1873, sowie der Besitztitel im römischen Rechte 1875. Bei Fitting a. a. O. Bd. 51 S. 2 und 3 finden sich Litteraturnachweise. Vgl. noch Adler in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 184, Bonfante in der rivista ital. p. l. scienze guiridiche Bd. 17 S. 126. B.G.B. §§ 937 ff., § 900 fordern keinen Ersitzungstitel.

24) Die früher gewöhnliche Definition, „Titel sei ein zur Verschaffung des Eigenthums an sich, d. h. abgesehen von einem im besondern Fall entgegenstehenden Hindernisse, geeigneter Erwerbsgrund" — vgl. Arndts § 159 —, wurde in neuerer Zeit als vag und unzutreffend nicht ohne Grund bekämpft. So namentlich von Stintzing, bona fides und titulus S. 97, Fitting a. a. O. Bd. 51 S. 5. Die Meisten halten daran fest, daß der Titel eine „Erwerbsthatsache" sei — vgl. Windscheid Bd. 1 § 178 — oder ein „Erwerbsgrund", wie namentlich Brinz Bd. 1 § 158 sagt. Doch der titulus pro derelicto stimmt hiermit nicht. Denn die Dereliktion einer Sache durch den bisherigen Besitzer kann wohl eine Okkupation rechtfertigen, ein Erwerbsgrund ist sie offenbar nicht. Den Sinn, welchen die Römer mit Ersitzungstitel verbanden, haben Stintzing a. a. O. S. 124 und Schirmer in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 16 S. 3 ff. getroffen. Hiernach ist Titel der äußere Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworben erscheinen läßt. Es ist aber wohl zu bemerken, daß die römische Jurisprudenz die Entscheidung über die Frage, ob genügende Thatsachen dieser Art vorhanden seien, nicht der richterlichen Beurtheilung im einzelnen Falle überließ, vielmehr ein für allemal schematisch festzustellen suchte, welche Thatsachen ausreichten. Dies gab der Lehre vom Titel ein kasuistisches Gepräge.

Digitized by Google

Daneben giebt es aber auch Titel anderer Art. Wichtig ist der Titel pro herede, wenn der Nichterbe Nachlaßsachen eines Verstorbenen als Erbe in Besitz nimmt.[26] Anerkannt ist ferner der Titel pro derelicto, d. h. die Vornahme der Dereliktion einer Sache durch einen Nichteigenthümer, in Folge deren man okkupirt und usukapirt.[27]

Die ältere Jurisprudenz behandelte Rechtsgeschäfte nur dann als Ersitzungstitel, wenn sie *rechtsgültig* abgeschlossen waren, so daß der Fehler bloß in dem mangelnden Rechte des Verkäufers oder sonstigen Autors lag. Die Kaiserzeit hielt hieran nicht fest. Sie erachtete vielmehr auch bloß *thatsächlich abgeschlossene* aber nichtige Geschäfte, z. B. Verkäufe eines Wahnsinnigen, als ausreichende Titel.[28] Anstatt des wahren Titels begnügte man sich auch mit einem gerichtlichen Eide[29] oder einem rechtskräftigen Urtheile,[30] welche die Existenz eines Erwerbsgeschäftes als wahr erscheinen lassen.

Schließlich behandelte man alle Vorkommnisse, welche die Meinung eines Rechtsgeschäftes in probabler Weise begründen können, als genügend, z. B. die unrichtige Mittheilung eines Stellvertreters über den Abschluß eines Erwerbsgeschäftes. Die Neueren bezeichnen solche Titel als *Putativtitel*.[31]

---

25) Vgl. Tit. Dig. pro emptore 41, 4, pro donato 41, 6, pro legato 41, 8, pro dote 41, 9. Den titulus pro soluto erwähnt l. 46 D. de usurp. 41, 3, den titulus pro transactione l. 8 C. de usucapione pro emtore vel transactione 7, 26. Bechmann usucapio pro emtore im Arch. f. civ. Pr. Bd. 75 n. 7.

26) Das Nähere gehört in das Erbrecht.

27) Vgl. l. 1 ff. D. pro derelicto 41, 7.

28) l. 13 § 1 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4.

29) l. 13 § 1 D. de jurejurando 12, 2. Julianus ait eum, qui juravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.

30) Ueber die Frage, ob das rechtskräftige Urtheil einen Ersitzungstitel abgiebt, gehen freilich die Ansichten weit auseinander. — Dagegen ist Bangerow 7. Aufl. Bd. 1 § 320 Anm. 3, dafür u. a. Arndts § 159, siehe dort weitere Litteratur, Brinz Bd. 1 § 159 und im Grunde trotz scheinbarer Opposition Windscheid Bd. 1 § 179 am Ende.

31) Seit man zur Usukapion bona fides verlangte, konnte man von den strengen Anforderungen, die man ursprünglich an den Titel machte, nachlassen. Aber Celsus erhob sein gewichtiges Wort dagegen, daß man das Requisit des Titels völlig verflüchtige, also von jedem objektiv greifbaren Momente absehe, l. 27 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse: nihil referre emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Sehr viel laxer war Neratius libro 5 membranarum l. 5 D. pro suo 41, 10. Usucapio rerum — etiam ex aliis causis concessa interim — propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset; sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio. quod tamen ita interpretandum

Digitized by Google

4. Ein letztes Erforderniß ist guter Glaube. Man muß sich zur Erlangung der Sache für befugt gehalten haben.[32]

Beim Kauf fordert man, daß der gute Glaube zur Zeit des Kaufgeschäftes und zur Zeit der Tradition vorhanden sei. Beim Erwerb aus anderen Gründen genügt der gute Glaube zur Zeit der Besitznahme.[33]

So lange ich von einem Besitzerwerbe für mich nichts weiß, bin ich weder in gutem noch in bösem Glauben. Demnach kann die Ersitzung erst beginnen, wenn man den Besitzerwerb, welchen Dritte für uns machten, kennen lernt und nun für rechtmäßig hält.[34] Haben Dritte jedoch ein allgemeines Mandat, uns zu vertreten, so ist der gute Glaube der Vertreter als maßgebend anzusehen.[35]

---

est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut ejus cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. Julian, obgleich Neratius nahe stehend, accentuirt doch, daß Thatsachen darzuthun seien, l. 11 D. pro emptore 41, 4. Africanus libro 7 quaestionum: Quod volgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit magis esse, ut usucapio sequatur. Die vermittelnde Auffassung Julians ist als die maßgebende anzusehen. Die Ansichten der Juristen, von denen Entscheidungen in das corpus juris aufgenommen wurden, waren freilich sehr verschieden. Vgl. auch l. 9 D. pro legato 41, 8. Pernice, Labeo, Bd. 2 2. A. S. 396.

32) Vgl. Bonfante la justa causa dell' usucapione in d. rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 15 S. 161 und 321, oben § 194. Ein besonderer Nachweis des guten Glaubens ist nicht zu führen; er ist im menschlichen Verkehr die Regel und wird daher unterstellt, so lange der böse Glaube nicht dargethan wird. Wächter, bona fides S. 45, Ihering, Besitzwille S. 160.

33) Es war bestritten, ob der gute Glaube zur Zeit des Kaufes oder der Tradition vorhanden sein müsse. Sabinus und Cassius entschieden sich dafür: „traditionis initium spectandum", l. 10 pr. D. de usurp. 41, 3, und dies war auch die Meinung Papinians, l. 44 § 2 D. eod. „etsi possessionis non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici placet." Viele Juristen aber — insbesondere Paulus — forderten bona fides in beiden Zeiten, l. 2 pr. D. pro emptore 41, 4, l. 48 D. de usurp. 41, 3, vgl. l. 15 § 3 D. eod. Diese Auffassung ist als die maßgebende zu erachten. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß der Kauf als der Beginn des Veräußerungsgeschäftes erscheint, vgl. oben § 214 Anm. 6. Die Tendenz der Erschwerung der Ersitzung macht sich auch hier geltend. Windscheid Bd. 1 § 177 will den Satz auf jedes Rechtsgeschäft ausdehnen, bei welchem, wie beim Kauf, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet sei. Die Litteratur giebt Windscheid a. a. O. Anm. 1 an. Vgl. auch Bechmann a. a. O. S. 293. Nach B.G.B. § 937 entscheidet allein die Zeit des Besitzerwerbes.

34) l. 47 D. de usurp. 41, 3, l. 49 § 2 D. de a. vel a. p. 41, 2, l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Es beginnt daher die Ersitzung erst von der Genehmigung an, wenn ein unbeauftragter Geschäftsführer für uns Besitz erwirbt.

35) Die Römer nahmen dies nur beim Erwerbe von Hausuntergebenen „ex causa peculiari" an, l. 2 §§ 10 ff. D. pro emtore 41. 4. Wir müssen den Satz in Folge der weiteren Entwickelung der Stellvertretung auf Generalmandatare übertragen. Vgl. auch B.G.B. § 166.

Digitized by Google

Der gute Glaube muß sich auf entschuldbaren Irrthum stützen. Rechtsirrthum wird nicht berücksichtigt.[36]

Nach kanonischem Rechte muß der gute Glaube während der ganzen Ersitzungszeit vorhanden sein; bloße Zweifel jedoch, die dem Besitzer an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes kommen, schaden nicht.[37]

§ 221. Vollendung der Ersitzung.

1. Die Ersitzung vollendet sich bei *Mobilien* in 3 Jahren, bei *Immobilien in 10 oder 20 Jahren*.[1] Hat nämlich der Usukapient eines Immobile seinen Wohnsitz in derselben Provinz wie der Eigenthümer — inter praesentes —, so sind 10, hat er ihn in einer anderen Provinz — inter absentes —, 20 Jahre erforderlich.[2] Als Provinz gilt derzeit der Bezirk des Oberlandesgerichts. Ein einzelnes Jahr auswärtigen Wohnens ist den 10 Jahren zuzurechnen,[3] je 2 Jahre gelten gleich einem Jahre der Anwesenheit. Auswärtiger Wohnsitz, welcher kürzer ist als ein Jahr, wird nicht beachtet.[4 5]

2. Es kann sowohl *Succession* in die Ersitzung, als *Accession* eintreten.[6]

a) Der *Erbe* und wer an Erbesstatt ist, *succedirt* in die Ersitzungslage seines Erblassers.[7] Er beginnt also keine neue Ersitzung, er setzt ununterbrochen die alte fort.

---

36) l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3, vgl. oben § 87 Anm. 10. A. Ansicht Adler in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 169. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 49 n. 79.

37) cap. 20 X. de praescriptionibus 2, 26, oben § 149 Anm. 2 abgedruckt. B.G.B. § 937 fordert, daß der Eigenbesitzer positiv erfährt, daß ihm das Eigenthum nicht zusteht.

1) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31. Ueber B.G.B. vgl. oben § 219 Anm. 15.

2) l. 12 C. de praescr. longi temporis 7, 33. Es kommt nicht darauf an, ob die *Sache* in derselben Provinz liegt, in welcher der Eigenthümer wohnt. — Nur das *Domicil* ist zu beachten, nicht bloßer, wenn auch andauernder *Aufenthalt* auswärts.

3) nov. 119 cap. 8.

4) Böcking, Pand. Bd. 2 § 148 Anm. 5, dagegen Windscheid Bd. 1 § 180 Anm. 3.

5) Die Ersitzungszeit ist tempus continuum (l. 31 § 1 D. de usurp. 41, 3 ist mangelhaft interpolirt). Sie wird civiliter berechnet, Beginn des letzten Tages genügt, vgl. oben § 89 Anm. 8. Die Regel der Praktiker olim et hodie possessor, semper possessor ist zwar keine bindende Präsumtion, macht sich aber als faktische Vermuthung je nach den Umständen geltend. B.G.B. hat die Präsumtion als gesetzliche, vgl. § 938.

6) Denzinger, die accessio possessionis 1842; Brinz Bd. 1 § 162. Mehrere Stellen, welche von dem Zusammenrechnen beim interdictum utrubi handelten — vgl. oben § 185 Anm. 7 —, insbesondere l. 13 D. de a. vel a. poss. 41, 2 und l. 14 D. de div. temp. praescr. 44, 3, sind in die Kompilation aufgenommen. Auf die Ersitzung passen sie zum großen Theile nicht. B.G.B. kennt nur Accession des Besitzes, vgl. § 943.

Digitized by Google

Der vom Erblasser begonnene Ersitzungsbesitz lief daher nach römischem Rechte weiter, auch wenn der Erbe in bösem Glauben war. Nach kanonischem Recht darf der Erbe zwar nicht geradezu in bösem Glauben sein, aber bloße Zweifel desselben an der Rechtmäßigkeit des Besitzes hindern die Fortsetzung der Ersitzung so wenig, wie wenn sie beim Erblasser eingetreten wären.

Hatte der Erblasser wegen bösen Glaubens keinen Ersitzungsbesitz, so läuft auch dem gutgläubigen Erben keine Ersitzung, weil er in die Fehler seines Erblassers succedirt.[8]

Bei der Zusammenrechnung der Besitzzeit des Erblassers und des Erben ist die Zeit der ruhenden Erbschaft mitzuzählen, ja die Ersitzung kann sich in dieser Zeit vollenden.[9][10] Vorausgesetzt ist, daß sich nicht ein Dritter inzwischen in den Besitz gesetzt hat.[11]

b) Der Singularsuccessor beginnt eine neue Ersitzung. Die Voraussetzungen einer solchen, insbesondere guter Glaube, müssen in seiner Person vorhanden sein.[12]

Er hat aber das Recht der Einrechnung der Ersitzungszeit seines Vorgängers — Accession[13] —, wenn sich sein Besitz dem des Vorgängers unmittelbar anschließt.[14] Unter der Voraussetzung entsprechenden Anschlusses kann auch der Besitz entfernterer Vorfahren eingerechnet werden.

War der Vorgänger in bösem Glauben, so hindert dies den Beginn des eigenen Ersitzungsbesitzes des Nachfolgers nicht.

Die Ersitzung wird unterbrochen:[15]

---

7) l. 43 pr. D. de usurp. 41, 3, l. 30 pr. D. ex quibus causis 4, 6, l. 2 § 19 D. pro emptore 41, 4.

8) l. 11 D. de diversis temporalibus praescr. 44, 3. Folgerecht ist l. 24 § 1 D. de usurp. 41, 3.

9) l. 40 D. de usurp. 41, 3. Ueber die hiergegen angeführte l. 13 § 4 D. de a. vel a. poss. vgl. oben Anm 6. Beginnen kann der Ersitzungsbesitz während ruhender Erbschaft nicht, l. 45 § 1 D eod.

10) l. 2 § 18 D. pro emptore 41. 4. Paulus libro 54 ad edictum bemerkt folgerecht: etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nanctus non sit.

11) l. 20 D. de usurp. 41, 3. l. 6 § 2 D. pro emptore 41, 4. Nach B.G.B. § 944 kommt die Ersitzungszeit, die zu Gunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, dem Erben zu Statten.

12) l. 2 § 17 D. pro emptore 41, 4.

13) Die accessio possessionis entwickelte sich bei der longi temporis praescriptio l. un. C. de usuc. transform. 7, 31. Nach einem Reskripte von Severus und Caracalla sollte sie auch bei der usucapio im Falle eines Kaufes, d. h. wohl überhaupt onerosen Erwerbes, eintreten, § 13 J. de usuc. 2, 6, l. 2 § 20 D. pro emptore 41, 4. Justinian erst hat die Accession für die Ersitzung allgemein gemacht.

14) arg. l. 15 § 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

Digitized by Google

1. Durch Verlust des Besitzes während der Ersitzungszeit. Auch wenn der Ersitzende durch einen unberechtigten Dritten verdrängt wird, tritt die Unterbrechung ein;[16]

2. durch Erhebung der Eigenthumsklage. Sie unterbricht die Ersitzung, auch wenn sie nicht zum Ziele führt, vielmehr angebrachtermaßen abgewiesen oder fallen gelassen wird. Unter Umständen wird die Klageerhebung durch eine Protestation ersetzt.

Diese Unterbrechung ist eine bloß relative. Sie kommt nur dem Kläger zu gute. Hat also ein Nichtberechtigter die Eigenthumsklage erhoben, so unterbricht dies die Ersitzung nicht zu Gunsten des Eigenthümers, welcher während der Ersitzungszeit unthätig blieb.[17]

Erhält der frühere Besitzer den Besitz zurück, so beginnt eine neue Ersitzung.[18] Geschah die Unterbrechung durch Klageerhebung oder gleichstehende Ereignisse, so ist nur eine außerordentliche Ersitzung von dem Augenblicke an möglich, mit welchem die Unterbrechungsthatsache der Vergangenheit anheimfällt.[19]

Es giebt Umstände, welche das Ruhen der Ersitzung bewirken, d. h. die Ersitzung steht stille, so lange sich ihr Hindernisse entgegenstellen, läuft aber nach deren Beseitigung weiter.[20] Dies Ruhen tritt

---

15) l. 2 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum: Usurpatio est usucapionis interruptio.

16) l. 5 D. de usurp. 41, 3. B.G.B. § 940 enthält eine Milderung des Satzes.

17) Ebenso B.G.B. § 941. Hinsichtlich der Unterbrechung der Ersitzung durch Klageerhebung war das Recht der alten usucapio und das der longi temporis praescriptio ein verschiedenes. Die bezüglichen Entscheidungen sind unverändert in das corpus juris Justinians übergegangen. a) Die usucapio wurde durch die Litiskontestation nicht unterbrochen; es bestand jedoch die Prozeßobligation des Beklagten, welcher während des Obschwebens des Prozesses ersaß, die Sache gleichwohl dem Kläger zu restituiren, wenn dieser zur Zeit der Litiskontestation Eigenthümer gewesen war, l. 17 § 1 in fine, l. 18, l. 20 und 21 D. de rei vind. 6, 1, l. 2 § 21 D. pro emptore 41, 4. b) Die longi temporis praescriptio wurde durch Klageerhebung unterbrochen, und zwar nicht bloß zu Gunsten des Klägers, sondern auch Dritter, da man ungestörten Besitz des Präskribenten zu dieser Ersitzung forderte, l. 1 C. de praescr. longi temporis 7, 33, l. 4 C. quibus non objiciatur 7, 35, l. 10 C. de adquir. et ret. poss. 7, 32. Welches Recht ist nun für das justinianische Ersitzungsrecht maßgebend? Es kann nicht zweifelhaft sein, daß nach justinianischem Rechte die Klageerhebung die Ersitzung geradezu unterbricht, da dies nach l. 2 C. de annali exceptione 7, 40 in gewissen Fällen sogar durch Protestation geschieht, welche die Klageerhebung ersetzt. Andererseits ist aus der Aufnahme der Stellen über die usucapio zu folgern, daß die Unterbrechung durch Klageerhebung nur zu Gunsten des Klägers, nicht eines Dritten wirkt. Diese eklektische Auffassung entspricht der Lage des Quellenmaterials und ist innerlich gerechtfertigt. Die Ansichten der Neueren gehen übrigens sehr auseinander. Vgl. Wächter, Erört. Bd. 3 S. 99 ff., Stephan im Archiv für civ. Praxis Bd. 34 S. 180, E. Grueber, Einfluß der Eigenthumsklage auf die Ersitzung 1875, Windscheid Bd. 1 § 180 Anm. 7, Arndts § 163 Anm. 2, Brinz Bd. 1 S. 600.

18) l. 15 § 2 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 4 D. pro emptore 41, 4.

19) Oben § 148 1. Abthlg. S. 346.

Digitized by Google

namentlich ein, wenn die Klage des Eigenthümers rechtlich gehemmt ist, z. B. im Falle des Verbauens von Materialien in ein Gebäude.[21]

In Folge der Ersitzung erwirbt man Eigenthum in vollem Umfange.[22]

§ 222. Die außerordentliche Ersitzung.[1]

Wer die Einrede der Klagenverjährung gegen den Eigenthümer in Folge 30- oder 40-jährigen Besitzes einer Sache erlangt hat, ist befugt, die Sache im Falle des Besitzverlustes zu vindiciren, sofern er sie seiner Zeit redlich erlangt hatte. So bestimmte Justinian im Jahre 528,[2] drei Jahre vor seiner Verordnung, welche usucapio und longi temporis praescriptio verschmolz.

Hiernach erlangt der Präskribent mit Ablauf der 30- oder 40-jährigen Verjährung Eigenthum. Die Neueren bezeichnen solchen Erwerb als außerordentliche Ersitzung, und zwar vom dogmatischen Standpunkte aus mit Recht. Doch Justinian war diese Auffassung noch fremd. Ihm handelte es sich um eine Erweiterung der Wirkungen der Klagenverjährung. Daher sind für die Einzelheiten nicht die Grundsätze der Ersitzung, sondern diejenigen der Klagenverjährung maßgebend.[3]

1. Der Lauf der außerordentlichen Ersitzung beginnt mit dem Augenblicke, in welchem die Nativität[4] der Eigenthumsklage eintritt.

---

20) Vgl. oben § 147 1. Abthlg. S. 343, nicht im Widerspruch steht § 176 Anm. 5.

21) Siehe oben § 208. Auch B.G.B. § 939 verweist auf die Analogie der Verjährung der Eigenthumsklage.

22) Manche neuere Schriftsteller gehen davon aus, daß man mit einem Ganzen nicht zugleich dessen Bestandtheile als selbständige Sachen ersitze. Auf Grund dieses Satzes stellen sie das Eigenthum dessen, welcher ein Gebäude ersessen hat, an den nach der Ersitzung getrennten Baumaterialien in Frage. So u. a. Sintenis im Archiv für civ. Praxis Bd. 20 S. 86 und Stephan ebendaselbst Bd. 31 S. 381 und neuerdings Windscheid Bd. 1 § 175a Anm. 2. Aber diese Ansicht ist unhaltbar. Wenn ein Dritter unser Haus abträgt, so begründen wir die Vindikation der von ihm getrennten und in Besitz genommenen Materialien damit, daß wir nachweisen, wir seien Eigenthümer des Hauses gewesen, dem er sie entnahm. Und dabei kann es keinen Unterschied machen, ob wir das Haus durch Ersitzung oder in anderer Weise erworben haben. Denn was von unserer Sache getrennt wird, gehört uns. Dies ist klares Eigenthümerrecht, l. 49 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Nur dann tritt eine Ausnahme ein, wenn einst fremde Baumaterialien in ein Grundstück verbaut wurden, so daß das Eigenthum an ihnen während der Verbindung ruhte, aber nach der Trennung wieder auflebte. Solche Materialien kann der ursprüngliche Eigenthümer in Folge des Auflebens seines Rechtes noch vindiciren. Dies ist besonderes Recht, l. 23 § 7 D. de rei vind. 6, 1, l. 7 § 11 D. de a. r. d. 41, 1. Vgl. Savigny, Besitz S. 265—268, 271—275.

1) Ueber B.G.B. vgl. oben § 219 Anm. 15.

2) l. 8 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

3) Unterholzner Bd. 2 § 177 und § 178 neigte sich der Ansicht zu, daß durch die l. un. C. de usuc. transformanda die praescriptio longissimi temporis ebenso wie die praescriptio longi temporis unter die Principien der Usukapion gestellt sei. Hiergegen erklärte sich mit Recht Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 3 n. 23.

Digitized by Google

Sie vollendet sich nach den Regeln der Klagenverjährung in 30 Jahren, ausnahmsweise in 40 Jahren. Da die Klagenverjährung den Ablauf des letzten Tages fordert, so gilt gleiches auch für die außerordentliche Ersitzung. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ferner schließt auch die Unterbrechung der außerordentlichen Ersitzung in sich.

2. Der Präskribent muß den Besitz in gutem Glauben erworben haben. Eines Titels bedarf er nicht.[5]

Streitfrage ist, ob sich der gute Glaube bei der außerordentlichen Ersitzung auf einen unentschuldbaren Irrthum, insbesondere ob er sich auf Rechtsirrthum stützen kann. Die Frage ist zu bejahen, trotzdem daß das Recht im Allgemeinen nur entschuldbaren Irrthum beachtet. Denn es ist ein ungesunder und unerwünschter Zustand, daß der langjährige Besitzer zwar durch Einrede geschützt ist, daß er aber rechtlos wird, sowie er den Besitz verliert. Dem wollte Justinian ein Ende machen. Nur dem Unwürdigen sollte die Wohlthat nicht zu gute kommen. Wer aber unentschuldbar irrt, ist nicht unwürdig.[6]

3. Auch ersitzungsunfähige Sachen unterliegen der außerordentlichen Ersitzung. Streitig ist dies für gestohlene und geraubte Sachen. Denn nach der P.G.O. Karls V. Art. 209 „kann an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Geweer ersessen werden." Hiernach wollen viele neuere Schriftsteller auch die außerordentliche Ersitzung ausschließen.[7] Allein ihre Ansicht hat keinen guten Grund. Sie setzt voraus, daß die Karolina unsere Verjährung bereits als eine Art der Ersitzung auffaßte, und dies ist nicht nachweisbar.[8] Immerdauernde

---

4) Vgl. oben § 146 1. Abthlg. S. 338 ff.

5) Wenige Schriftsteller sind anderer Meinung. So Brinz Bd. 1 S. 611; ihm ist „bona fides sine titulo ein undenkbares Ding". Daher fordert er auch hier zur bona fides den Titel, ohne Stütze im Gesetzestexte, gegen eine allgemeine Praxis, gegen handgreifliches praktisches Bedürfniß. Denn im Laufe der Zeiten geht die Möglichkeit des Nachweises des ursprünglich vorhandenen Titels oft verloren. Kann daher alter Besitz den Titel nicht ersetzen, so sind lange bestehende Rechte gefährdet. — Der Titel kann bei der außerordentlichen Ersitzung nur so zur Sprache kommen, daß ihn der Gegner darthut und aus den sich anschließenden Umständen die mala fides nachzuweisen sucht, Wächter bona fides S. 25.

6) Dieselbe Ansicht vertritt Wächter, die bona fides 1871, insbesondere S. 114, jedoch aus anderen Gründen. Neuere Litteratur über die Frage wird dort citirt. Gegen Wächter erklärte sich Bruns, das Wesen der bona fides 1872, vgl. auch Bruns im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 n. 14.

7) Dieser Ansicht sind u. a. Vangerow Bd. 1 § 325 S. 615, Windscheid Bd. 1 § 183, so jedoch, daß nur der engere Begriff von Diebstahl nach der Karolina zu Grunde zu legen sei. Dagegen ist Arndts § 164 Anm. 4 mit Rücksicht auf die von jeher herrschende Meinung.

8) Die Glossatoren, deren Ansichten im sechszehnten Jahrhundert bestimmend waren, faßten die longissimi temporis praescriptio nicht als Ersitzung auf. Sie nahmen sogar an, daß die von Justinian eingeführte vindicatio utilis nur gegen

Digitized by Google

Unverjährbarkeit des Rechtes an gestohlenen Sachen, z. B. des Gemäldes eines großen Künstlers, welches vor Jahrhunderten gestohlen wurde und seither in gutgläubigem Besitze war, wäre auch unzweckmäßig.

Was des Privateigenthumes nicht fähig ist, kann auch durch außerordentliche Ersitzung nicht erworben werden.

Desgleichen sind Objekte, bezüglich deren die Klagenverjährung nicht läuft, insbesondere Sachen der Unmündigen, nicht Gegenstand einer außerordentlichen Ersitzung.

VII. Die Endigung des Eigenthumsrechtes.

§ 223. Fälle der Beendigung des Eigenthumes.

1. Der Verlust des Eigenthumes für den Einen fällt in der Regel mit dem Erwerbe des Eigenthumes für einen Andern zusammen. Dann handelt es sich um die Cirkulation der Sachgüter. Ein derartiger Wechsel des Eigenthumes kann eintreten:

a) auf Grund des Willens des bisherigen Eigenthümers durch Tradition,

b) ohne solchen Willen als Konsequenz des Erwerbes des Eigenthumes durch einen Anderen, z. B. durch Ersitzung, Einziehung, richterlichen Zuschlag in der Subhastation, wie auch in Folge der Geltendmachung einer Resolutivbedingung.

2. Das Eigenthum erlischt schlechthin mit dem Untergange der Sache. Es besteht jedoch an den Ueberresten, z. B. an dem Felle eines gefallenen Thieres fort.[1]

Auch dadurch erlischt das Eigenthum, daß die Sache in einen herrenlosen Zustand kommt. Dies ist möglich:

a) in Folge einer Dereliktion, d. h. Aufgabe des Besitzes in der Absicht, nicht mehr Eigenthümer zu sein,[2 3 4]

Dritte, nicht aber gegen den Eigenthümer selbst gehe. So Glossen zu l. 8 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39; vgl. Landsberg, Glosse S. 210.

1) l. 49 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Celsus libro 18 digestorum: Meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.

2) Ricci la derelizione in rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 13 S. 321. Die Dereliktion wurde als Grund des Unterganges des Eigenthumes von den Römern nur allmählich und nur mit Widerstreben anerkannt. Denn ihre Tendenz war vielmehr, festzuhalten und auf das Aeußerste auszubeuten, was sie einmal hatten. Die Prokulianer nahmen Eigenthumsverlust durch Dereliktion daher nur an, wenn sich ein Anderer in den Besitz gesetzt hatte, die Sabinianer aber entschlossen sich dazu, in der Dereliktion schlankweg Eigenthumsverlust zu sehen, l. 2 § 1 D. pro derelicto 41, 7, l. 1 D. eod. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 113, Voigt, röm. Rechtsgesch. Bd. 1 § 36 Anm. 33. Dereliktion kam vorzugsweise vor und wurde zuerst anerkannt in

Digitized by Google

b) Wilde, d. h. normaler Weise frei von menschlicher Herrschaft lebende Thiere, welche uns zu eigen waren, werden herrenlos, wenn sie ihre natürliche Freiheit zurück erlangen.[5] Dies wird bei gefangenen, d. h. bloß durch physische Mittel zurückgehaltenen, angenommen, wenn sie entfliehen und dem Gesichtskreise ihres Verfolgers entkommen,[6] bei gezähmten, d. h. psychisch beherrschten, wenn sie sich entfernt und die Gewohnheit der Rückkehr aufgegeben haben.[7]

An zahmen oder Hausthieren, d. h. den Menschen normaler Weise

---

Fällen, in welchen Lasten das Eigenthum beschweren, die größer scheinen als dessen Vortheile. So ließ bereits Labeo Dereliktion eines Grundstückes zu, um der Last der servitus oneris ferendi zu entgehen, l. 6 § 2 a. E. D. si serv. vind. 8, 5, siehe ferner l. 6 D. de damno infecto 39, 2. — Kann auch derelinquiren, wer nicht besitzt? Für die Regel wird man dies verneinen müssen. Denn es fehlt die Möglichkeit der Besitzaufgabe, welche die Form der Dereliktion ist. Hieraus erklärt sich möglicherweise l. 17 § 1 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Ulpianus libro 76 ad edictum: differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Bezieht man dies auf den nichtbesitzenden Eigenthümer, so hat es leidlichen Sinn. Vgl. übrigens auch Czyhlarz a. a. O. S. 91.

3) Die Absicht des Derelinquirenden muß nicht bloß auf die Aufgabe des Besitzes gerichtet sein, § 47 J. de rer. div. 2, 1 pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit. § 48 alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat; qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente non intellegentibus dominis cadunt; l. 43 § 11 D. de furtis 47, 2 steht nicht im Widerspruch. A. Ansicht Czyhlarz a. a. O. S. 105.

4) Nach B.G.B. § 928 ist Verzicht auf das Eigenthum an einem Grundstück nur in grundbuchmäßiger Form zulässig. So lange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, gilt aber das bisherige Recht bezüglich des Eigenthumsverlustes. Einf.-Ges. z. B.G.B. Art. 189.

5) Einen verwandten Fall haben wir oben § 69 Anm. 14 kennen gelernt.

6) Im wesentlichen ebenso B.G.B. § 960. l. 3 § 2 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit, l. 5 pr. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio. Wenn freilich ein Papagei oder ein Kanarienvogel oder wenn ein Löwe aus einem zoologischen Garten entspringt und außerhalb des Gesichtskreises der Verfolger gelangt, so ist das Eigenthum an ihnen nicht verloren, denn diese Thiere können in Deutschland nicht in die natürliche Freiheit gelangen. Unrichtig Czyhlarz a. a. O. S. 47.

7) Ebenso B.G.B. § 960 Abs. 3. l. 5 § 5 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum . . . in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint. Ihering, Besitzwille S. 292.

Digitized by Google

dienstbaren, verlieren wir zwar den Besitz, wenn sie dauernd aus unserer Gewahrsam kommen, nicht aber das Eigenthum.[8]

Drittes Kapitel.

Die Klagen des Eigenthümers und des gutgläubigen Besitzers.

I. Dingliche Klagen.

§ 224. Die Eigenthumsklage.[1]

Ist der Besitz in Widerstreit zum Eigenthume getreten, so löst die Eigenthumsklage — die rei vindicatio — den Konflikt.[2] Sie bringt die Rechte des nichtbesitzenden Eigenthümers gegenüber dem besitzenden Nichteigenthümer zur Geltung. Und zwar siegt der Eigenthümer über den Besitzer ohne Rücksicht darauf, ob derselbe gutgläubig oder bösgläubig besitzt.

Dennoch giebt der Besitz auch dem Eigenthume gegenüber eine nicht zu unterschätzende Position.

Vor allem muß der Kläger sein Eigenthum nachweisen. Mißlingt dieser Beweis, so bleibt der Beklagte im Besitze.[3]

8) l. 5 § 6 D. de a. r. d. 41, 1. Die Römer zählten Haustauben zu den wilden, bloß gezähmten Thieren, so daß dieselben herrenlos wurden, wenn sie wegflogen und die Gewohnheit der Rückkehr aufgaben. Das ist nicht gemeines und auch nicht Reichsrecht. In Schlägen gehaltene Tauben sind vielmehr Hausthiere, an denen Eigenthum auch dann nicht erlischt, wenn sie sich verfliegen. Wie aber steht es mit Bienenschwärmen? Gajus erklärt l. 5 cit. § 5: „apium quoque natura fera est". Auch ältere deutsche Quellen bezeichnen die Biene als „en wilt Worm". Das sprachen ihnen die Juristen blind nach bis zum heutigen Tage, und so thaten auch wir in den ersten beiden Auflagen dieses Werkes. Ob aber die Bienen zahme Thiere sind oder nicht, ist eine naturwissenschaftliche Frage. Waren sie zur Zeit des Gajus und der mittelalterlichen Quellen noch „wilde" Thiere, so sind sie es heute sicherlich nicht mehr. Sie sind in Deutschland durchweg domesticirt; kommen wilde Bienen vor, so sind es dem Eigenthümer eines Mutterstocks entflohene und verwilderte, wie es auch verwilderte Katzen giebt. Daher bleibt namentlich der ausgeflogene Schwarm dem Eigenthümer des Mutterschwarmes. Verfliegt er sich und fängt ihn ein Dritter, so ist derselbe ähnlich wie ein Finder einer verlorenen Sache zu behandeln. Er kann vom Eigenthümer wohl Vergütung wegen seiner Thätigkeit fordern, muß den Schwarm aber herausgeben, sofern die Identität nachweisbar ist. So Bälz, Recht an Bienen 1890. Doch für das B.G.B. § 961 ff. ist die Biene ein „wildes" Thier geblieben.

1) Tit. Dig. de rei vindicatione 6, 1, Tit. Cod. de r. v. 3, 32. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung giebt Wetzell, der römische Vindikationsprozeß 1845. Vgl. ferner Pfersche, die Eigenthumsklage in s. privatrechtl. Abhandlungen 1886.

2) Ueber die alte zweiseitige vindicatio vgl. oben § 132 Anm. 5 und § 171. Das Nähere gehört dem römischen Civilprozesse an.

3) l. 28 C. de r. v. 3, 32 Diocletianus: Res alienas possidens, licet justam

Digitized by Google

Der Besitzer kann ferner die Sache auch der Eigenthumsklage gegenüber bis zum Ersatze gewisser Verwendungen zurückhalten.

In der klassischen Zeit konnte der Eigenthümer die Sache dem Besitzer mit der Eigenthumsklage überhaupt nicht gegen dessen Willen geradezu entwinden.

Die Vindikation lief nämlich zur Zeit des Formularprozesses wie jede andere Vermögensklage in eine Geldkondemnation aus.[4] Zwar war sie arbitraria, d. h. der Richter legte dem Beklagten, falls sich die Klage als begründet erwies, die Restitution der vindicirten Sache durch einen Zwischenbescheid auf, aber dieser Befehl war nicht vollstreckbar.[5] Gehorchte ihm der Beklagte nicht, so war die Folge nur die, daß Kläger sein Geldinteresse bei der Restitution — die litis aestimatio — durch juramentum in litem einseitig feststellen konnte. Die Litisästimation galt als Kaufpreis; das Eigenthum der vindicirten Sache ging für denselben auf den Beklagten über.[6] Der Besitzer konnte sich hiernach im Besitze der Sache behaupten, wenn er nur einen hohen Preis nicht scheute.

Das justinianische Recht hat diese den Besitzer schonenden Einrichtungen umgebildet. Der Restitutionsbefehl erhielt Vollstreckbarkeit.[7]

Gemeinrechtlich geht das Endurtheil auf Herausgabe der Sache.[8] Verurtheilung in Geld anstatt zur Herausgabe der Sache erfolgt nur für den Fall, daß die Vollstreckung in die Sache selbst thatsächlich unthunlich wird.

Während nach römischem Rechte der besitzende Eigenthümer die Klage um Eigenthum in keiner Form hatte,[9] stehen derzeit dem Eigen-

causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

4) Die Formel der rei vindicatio lautet etwa: si paret hominem q. d. a. ex jure quiritium Ai Ai esse neque is homo arbitratu tuo Ao Ao restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao condemna, s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 41, Cicero in Verrem II 2, 12 § 31, vgl. Gaj. Inst. IV § 37, l. 1 § 1 D. de rei vind. 6, 1, Lenel, edictum perpetuum S. 145, siehe oben § 133.

5) Vgl. oben § 133 Anm. 3.

6) l. 46 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 10 ad Sabinum: Ejus rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit, l. 35 § 2, l. 63 D. eod., l. 7 § 1 D. de Publ. in rem. a. 6, 2, l. 1, l. 3 D. pro emptore 41, 4.

7) l. 68 D. de r. v. 6, 1.

8) Schon nach der Auffassung der Glosse ist die Verurtheilung zur Herausgabe der vindicirten Sache nicht mehr Zwischenbescheid, sondern Endurtheil, gl. restituitur zu l. 68 D. cit. und die bei Landsberg, Glosse S. 284 citirten Stellen. So auch B.G.B. § 985.

9) Der in § 2 I. de act. 4, 6 erwähnte „unus casus“ wird meist als Fall der Eigenthumsklage des besitzenden Eigenthümers verstanden. Man hat ihn eifrigst

Digitized by Google

thümer, auch wenn er im Besitze ist, Feststellungsklagen zu Gebote, durch welche er die Frage des Eigenthumes zur richterlichen Anerkennung bringen kann, sofern er an deren alsbaldiger Feststellung ein rechtliches Interesse hat.[10] Dies ist z. B. dann der Fall, wenn ein Dritter unrechtmäßiger Weise im Grundbuche als Eigenthümer eingetragen ist.

§ 225. Die Parteien bei der Eigenthumsklage.

1. Nur der Eigenthümer ist klageberechtigt.[1] Cessionare können zwar an Stelle des Eigenthümers klagen.[2] Sie haben aber nur die Ausübung fremden Rechtes in eigenem Interesse. Denn grundsätzlich ist die Eigenthumsklage Zubehör des Eigenthumsrechtes.[3]

---

gesucht. Indessen besteht — Vangerow Bd. 1 § 332 — wenig Hoffnung der Einigung über die Lösung des Räthsels. Meist denkt man — schon die Glosse neget rem actoris esse zu § 2 I. de act. 4, 6, Landsberg, Glosse S. 274 — an eine Eigenthumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinirenden Naturalbesitzer. Doch dieser Fall wird praktisch nicht vorkommen, da es der ungeschickteste Weg wäre, wenn der Kläger gegen seinen Detentor mit der Eigenthumsklage vorginge, statt sein Recht gegen ihn possessorisch oder mit persönlichen Klagen zu verfolgen. Daher sprechen auch die Pandekten, welche die nähere Ausführung enthalten sollen, von diesem Falle nicht. Andere Meinungen siehe bei Vangerow Bd. 1 § 332 S. 652, vgl. auch Ubbelohde, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 401. Betrachtet man die Institutionenstelle genau, so ergiebt sich, daß der berüchtigte „eine Fall" der Eigenthumsklage — nicht existirt. Die §§ 1 und 2 cit. handeln nämlich von den dinglichen Klagen überhaupt. Sie besprechen zuerst die Eigenthumsklage, dann die actio confessoria und schließen mit der negatoria. Hierüber äußert nun § 2 istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero, qui possidet non est actio prodita per quam neget rem actoris esse. sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes optinet. sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Dies soll unseres Ermessens nur heißen: in dem einen Fall der dinglichen Klage, von dem vorher gesprochen war — nämlich der actio negativa —, kann auch der Besitzer klagen, wie die Pandekten näher darlegen; mit der Eigenthumsklage dagegen kann der Besitzer nicht klagen. Es ist nicht nothwendig, den „casus" unter die „controversiae rerum corporalium" zu stellen; er bildet vielmehr den Gegensatz zu denselben.

10) C.P.O. § 256, siehe oben § 134.

1) Der römische Miteigenthümer kann seinen ideellen Theil, aber nicht die ganze Sache vindiciren, über B.G.B. vgl. dessen § 1011.

2) Die Cession der Vindikation erwähnen u. a. l. 21, l. 63 D. de rei vind. 6, 1, l. 25 § 8 D. locati 19, 2, l. 14 pr. D. de furtis 47, 2, es regelt sie l. 9 C. de her. vel act. vend. 4, 39. Die Natur dieser Cession hat Ihering, Uebertragung der rei vindicatio auf Nichteigenthümer in seinen Jahrbüchern Bd. 1 n. 3 untersucht. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 337 und die dort citirte Litteratur. Inauguraldissert. Carvajal y Viana, Cession der r. v. Göttingen 1888, Stampe im Arch. f. c. Pr. Bd. 80 n. 8 und über die Cession von Miteigenthumsansprüchen R.G. Bd. 27 S. 154.

3) Die Cession der dinglichen Klagen ist in vielen Beziehungen problematisch. Sie ist von der Cession der Forderungen in ihrer heutigen Gestalt wesentlich verschieden, denn diese begründet einen Uebergang des Rechtes selbst, nicht der bloßen Ausübung. Die dingliche Klage dagegen bleibt stets Ausfluß des zu Grunde liegen-

Digitized by Google

2. Die utilis actio ad rem vindicandam von Nichteigenthümern, welche öfter erwähnt wird, ist nicht, wie Viele vermeinen, eine Eigenthumsklage.[4]

Eine derartige Klage hat unter anderem der frühere Eigenthümer einer Tafel, welcher sie durch Bemalung seitens eines Dritten verlor, auf Herausgabe des Bildes, falls ihm kein Ersatz geleistet wird,[5] ferner der Schenker auf Rückgabe der unter Auflegung von Alimenten verschenkten Sache wegen Nichterfüllung der Auflage,[6] wie auch die Ehefrau zur Rückforderung der bei Auflösung der Ehe bei ihrem Ehegatten noch vorhandenen Dotalobjekte.[7] Nicht weniger kann der schenkende Ehegatte die vom beschenkten Gatten für das geschenkte Geld erworbenen Objekte[8] und der Mündel die von seinem Vormunde mit Mündelgeld,[9] endlich der Soldat die mit seinem Gelde von Dritten angeschafften Objekte mit dieser utilis in rem actio beanspruchen.[10]

Diese Klage soll dem Kläger Besitz und Eigenthum verschaffen, nicht aber bestehendes Eigenthum zur Anerkennung bringen.[11] Es handelt

---

den dinglichen Rechtes und kann ohne dieses nur der Ausübung nach übertragen werden. Es hat jedoch keinen zureichenden Grund, wenn Ihering a. a. O. S. 113 eine Denunciation nur bei der Cession von Forderungen, nicht von dinglichen Klagen für anwendbar erachtet. Denn die Denunciation ist in der That, was Ihering in Abrede stellt, eine Konsequenz des Begriffes der Cession, nach welcher eben nur der Cessionar klageberechtigt sein soll. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 4 und dort Citirte. Aber freilich kann die Wirkung der Denunciation einer Cession der dinglichen Klage vereitelt werden, wenn der Besitzer, welchem denuncirt ist, den Besitz auf einen Anderen überträgt, welcher die Denunciation nicht kennt. — Bestritten ist, ob die Cession ihre Wirkung behält, wenn der Cedent selbst der Besitzer wird. Hierfür ist u. A. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 1 S. 444, Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 12; dagegen Ihering a. a. O. S. 110. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 5 früher für die Bejahung, ist seit der 7. Auflage zweifelhaft geworden. Doch für dieselbe spricht der Zweck der Cession der Vindikation. Auch wird sie durch l. 63 D. de R. V. 6, 1 unterstützt; vgl. Stampe a. a. O. Die Klage erlischt regelrecht mit dem Untergange des Rechtes der Cedenten, Ihering a. a. O. S. 112 und Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 8. — Vgl. für das B.G.B. dessen § 931, § 986, siehe auch § 870 daselbst.

4) Diese Klage hat zuerst eingehend Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 120 ff. behandelt. Seitdem wurde sie mehrfach Gegenstand der Erörterung, vgl. Kindervater in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 9, Camillo Brezzo, L'utilis actio del diritto romano. Torino 1889; B.G.B. kennt solche utilis vindicatio nicht.

5) Gaj. Inst. II § 78, § 34 J. de rer. div. 2, 1, vgl. auch l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1.

6) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54, siehe auch l. 15 C. de don. ante nupt. 5, 3.

7) l. 30 C. de jure dot. 5, 12.

8) l. 55 D. de don. i. v. et u. 24, 1, vgl. ferner l. 29 § 1 und l. 30 D. eod.

9) l. 2 D. quando ex facto 26, 9, l. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 324 — die dortige Ausführung halte ich nicht mehr fest, — Drey, die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings, München 1882.

10) l. 8 C. de rei vind. 3, 32.

11) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus: Si

Digitized by Google

sich also um ein dingliches Recht auf Uebereignung einer Sache, allerdings eine singuläre Art dinglicher Berechtigung.[12]

3. Beklagter ist der Besitzer,[13] sowie sein gesetzlicher Vertreter, z. B. der Konkursverwalter, bezüglich der in der Masse befindlichen, dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sachen.

Juristischer Besitz ist nicht erforderlich. Der Inhaber in fremdem Namen, z. B. der Depositar, Mandatar, Kommodatar, Miether, kann daher wie der Besitzer verklagt werden, welcher durch ihn vertreten ist;[14] denn der Eigenthümer muß im Stande sein, Jeden zu überwinden, der sich in Widerstreit mit seinem Rechte setzt und die Fähigkeit der Restitution hat.

Die Eigenthumsklage gegen den bloßen Inhaber kann Härten im Gefolge haben. Denn dem Inhaber wird damit ein Prozeß aufgebürdet, an welchem er kein oder doch nur ein geringes Interesse hat, während sein an der Vertheidigung vorzugsweise interessirter Autor nicht belangt wird. Oft wird auch nur dieser, nicht der Inhaber das Sachverhältniß genau kennen und die Beweisdokumente in den Händen haben. Es wird aber den berechtigten Ansprüchen des Eigenthümers volles Genüge gethan,

---

doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi.

12) Ihering a. a. O. gelangte zu dem Resultate, daß die utilis in rem actio eine auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Klage sei, so daß sie bald die Uebertragung schlechthin, bald nur eventuell für den Fall beanspruche, daß der Beklagte nicht im Stande und bereit sei, eine Geldleistung zu beschaffen. Dies ergiebt sich in der That aus den Quellen. Ihering nahm weiter an, daß diese Vindikation nur gegen den zur Eigenthumsübertragung persönlich verpflichteten Eigenthümer angestellt werden könne, daß es sich also nur um die Verstärkung einer persönlichen Klage handele. Diese Behauptung hat Ihering nicht bewiesen. Die Klage tritt als dingliche auf und muß also dingliche Kraft haben. Dies giebt Ihering insoweit zu, als er sie mit einem Aussonderungsrecht im Konkurse ausstattet. Man kann sie aber folgerecht dann auch gegen dritte Erwerber der Sache nicht verweigern. Da es sich jedoch um singuläre Billigkeit handelt, so mag man die Klage vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus gegenüber Dritten, welche das klägerische Recht beim Erwerbe nicht kannten, aus entgegengesetzten Gründen der Billigkeit versagen.

13) Ueber den Zeitpunkt, in welchem der Beklagte besitzen muß, vgl. oben § 154 bei Anm. 10. — In Rom konnte der Kläger, wenn Beklagter den Besitz ableugnete, den Streit auf die Besitzfrage beschränken und erlangte dann, wenn er den Beklagten des Besitzes überführte, dessen Uebertragung. Deshalb meint die l. 80 D. de r. v. 6, 1 geradezu: in rem actionem pati non compellimur, vgl. Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9 n. 2. Es handelt sich hierbei um eine Prozeßstrafe, welche durch die C.P.O. nicht aufgenommen ist, vgl. Seuffert im Archiv f. civ. Pr. Bd. 67 S. 333.

14) l. 9 D. de rei vind. 6, 1, wo Pegasus als Vertreter einer Gegenansicht genannt wird. Nach B.G.B. § 985 kann der Eigenthümer von „dem Besitzer" die Herausgabe der Sache verlangen. Darunter ist auch der mittelbare Besitzer des B.G.B. zu verstehen.

Digitized by Google

wenn der Inhaber den Besitzer an seiner Statt als Vertheidiger stellt. Hieraus rechtfertigt sich die nominatio auctoris, welche Konstantin bezüglich der Vindikation von Immobilien einführte, und die derzeit C.P.O. § 76 für alle Fälle gestattet und regelt, in welchen Jemand als Besitzer einer Sache verklagt wird, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet.

Wenn derartige Beklagte nämlich vor der ersten Verhandlung zur Hauptsache ihrem Autor den Streit verkünden und ihn zur Erklärung laden, und außerdem ihren Autor — entweder schriftlich oder mündlich in der Verhandlung — dem Kläger benennen, so sind sie — die s. g. Nominanten — befugt, bis zur Abgabe der Erklärung und längstens bis zum Schluß des Termines, in welchem sich der Benannte — der s. g. Nominat — zu erklären hatte, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern.[15]

Der Benannte ist befugt, mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß an dessen Stelle zu übernehmen. Nur in dem Falle hat der Kläger hiergegen ein Widerspruchsrecht, wenn er selbständige Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht. Scheidet der Beklagte in Folge der Nomination aus, so ist er nicht mehr Prozeßpartei, dennoch aber Prozeßinteressent. Denn die Entscheidung gegen seinen Autor wird auch gegen ihn rechtskräftig.

Folgt der Benannte der Ladung dagegen nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen.[16] Er kann auch den Prozeß fortführen. Kommt der Kläger in Folge dessen in den Besitz der Streitsache, so bleibt dem Benannten gleichwohl die Vindikation. Er hat nur die günstige Lage des Besitzers verloren. Das Erkenntniß gegen den Nominanten steht ihm nicht entgegen.[17]

4. Die Eigenthumsklage kann ferner gegen Nichtbesitzer wegen Dolus erhoben und durchgeführt werden im Fall der s. g. ficta possessio[18]

a) Wer nämlich vor dem Prozeßbeginn „dolo desiit possidere“,

---

15) l. 2 C. ubi in rem actio 3. 19 und zu dieser Verordnung Wieding, der justinianische Libellprozeß S. 630. Vgl. über die Entwickelung des Institutes Kannegießer, die prozeßhindernde Einrede, ein Beitrag zur nominatio auctoris 1878.

16) Ob der Detentor seinem Autor gegenüber zur laudatio auctoris verpflichtet ist, hängt von dem Verhältnisse ab, in welchem er zu demselben steht. Dem Kläger gegenüber besteht keine Verpflichtung zur Nomination, sondern nur ein Recht. So jedenfalls nach C.P.O. § 76.

17) Das Urtheil, welches gegen den Detentor ergeht und die Abtretung des Besitzes auflegt, ist auch gegen dessen Autor vollstreckbar, wenn ihm der Detentor den Naturalbesitz einräumt. Aber die Vindikation bleibt dem Autor vorbehalten.

18) Nach B.G.B. richtet sich die Haftung nach den für unerlaubte Handlungen geltenden Grundsätzen.

Digitized by Google

ist zu verurtheilen, wie wenn er besäße.[19] Es gehören hierher dolose Veräußerung und Vernichtung der Sache des Klägers vor dem Prozeßbeginne.[20] Culpa lata steht dem dolus gleich.[21]

b) Wer liti se optulit, d. h. sich fälschlich, den Kläger täuschend, für den Besitzer ausgiebt und sich so auf den Prozeß einläßt, ist gleichfalls zu verurtheilen, wie wenn er besäße.[22 23]

Im Grunde handelt es sich um Deliktsklagen in Form einer Vindikation. Aber die Werthung ist eine eigenartige. Denn nicht der Schaden wird abgemessen, wenn der Dolus des Beklagten dem Kläger verursachte, vielmehr wird ihm der Sachwerth schlechthin zugesprochen, wenn es dem Beklagten nicht gelingt, die Sache vor dem Endurtheile herbeizuschaffen und sich durch deren Auslieferung zu befreien.[24] Demungeachtet bleibt dem Eigenthümer die Vindikation der Sache gegen den

---

19) l. 131 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro 22 ad edictum: Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est. l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1. Dieser Rechtssatz wird in der l. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1 von Paulus auf das S. C. Juventianum aus der Zeit Hadrians zurückgeführt, vgl. l. 20 § 6c D. de her. pet. 5, 3, l. 25 § 8 D. eod.; in der That beruht er aber auf älterer römischer Praxis. Denn Pomponius, Gajus, Julianus behandeln ihn als einen feststehenden und bilden ihn in die feineren Details hinein aus, l. 36 pr., l. 52. l. 70 D. de rei vind. 6, 1. Die Berufung auf das Senatuskonsult durch Paulus geschah also nur, um die Praxis durch die Autorität eines Gesetzes weiter zu stützen. Vgl. Demelius, Exhibitionspflicht S. 185 ff. einerseits, Lenel, edictum S. 173 andererseits.

20) l. 9 pr. D. ad exhibendum 10, 4.

21) l. 9 § 4 D. ad exhibendum 10, 4. Demelius a. a. O. S. 190. Die Behauptung, daß der malae fidei possessor der Vindikation auch unterliege, wenn er den Besitz durch culpa levis vor der Klageerhebung verlor, ist, wie Windscheid Bd. 1 § 193 Anm. 13 mit Recht bemerkt, aus den Quellen nicht zu begründen. Diese machen den malae fidei possessor nur wegen Verschlechterung vor dem Prozeßbeginne verantwortlich, die durch seine Schuld geschah, l. 25 § 2, l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3, l. 45 D. de rei vind. 6, 1. Anderer Ansicht Wächter, Erört. Heft 3 S. 130; Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 3 n. III 1b; Savigny Bd. 6 S. 167; und von anderer Seite Brinz Bd. 1 S. 662 Anm. 13.

22) Vorausgesetzt ist Einlassung auf die Klage, vgl. l. 25 D. de rei vind. 6, 1. Etwas Anderes wird auch in l. 27 pr. D. eod. nicht gesagt; Wächter, Erört. Heft 3 S. 128. Anderer Ansicht ist Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 3 III 1a.

23) Dieser Fall der Vindikation stellte sich erst in der Zeit Hadrians fest. Noch Celsus libro 4 Digestorum l. 45 D. de her. pet. 5, 3 gab nur einen Anspruch wegen Dolus auf das Interesse des Klägers: et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit non decipi. Die Schwierigkeit der Abschätzung war es wohl, was andere Juristen dazu bestimmte, die Vindikation zuzulassen, l. 13 § 13 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum . . . et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri. Auf diesen Gang der Entwickelung hat Demelius, die Exhibitionspflicht S. 191 ff., aufmerksam gemacht.

24) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3.

Digitized by Google

Besitzer, auch nachdem er deren Werth vom fictus possessor beigetrieben hat.[25] [26]

5. Wer gutgläubig besaß, den Besitz aber vor der Klageerhebung verlor, unterliegt der Vindikation nicht. Hat er aber gegen Entgelt veräußert, so haftet er dem Eigenthümer persönlich bis zum Belaufe seiner Bereicherung, wenn die Sache nachher unterging und demzufolge nicht mehr vindicirt werden kann.[27] [28]

§ 226. Form und Inhalt der Vindikation.

1. Wer in Rom mit der Eigenthumsklage auftrat, mußte die vindicirte Sache von vornherein individuell genau bezeichnen und damit dem Verfahren eine ganz bestimmte Grundlage geben.[1]

Aus besonderen Gründen gewährte man Erleichterungen.[2] Eine solche bildete die altüberlieferte Vindikation einer Heerde. Denn hier hatte der Kläger zunächst nur das Eigenthum an der Heerde im Ganzen

25) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3, l. 7 D. de r. v. 6, 1, l. 95 § 9 D. de solut. 46. 3. Der fictus possessor, welcher die Litisästimation leistet, kann die Cession der Klage des Eigenthümers gegen den wirklichen Besitzer nicht fordern, l. 69, l. 70 D. de rei vind. 6, 1.

26) Der Erbe ist nach den Grundsätzen der Deliktsklagen verhaftet, l. 52 D. de r. v. 6, 1.

27) Die Quellen reden bald von einer condictio, bald von einer actio negotiorum gestorum directa. Voraussetzungen und Umfang des Anspruches sind bestritten. Nicht Wenige gewähren die Klage nur gegen redliche Besitzer ohne Titel. So Ihering, Abhandlungen S. 78; Wächter, Erörter. Heft 2 S. 98; Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio S. 43; Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 16 S. 306. Gegen die Beschränkung auf untitulirte Besitzer erklärt sich Windscheid: zwei Fragen aus der Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung, Leipziger Universitätsprogramme 1878 — wo S. 4 Anm. 1 sich weitere Litteratur findet — und Krüger im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 13. Die Quellenstellen gehen allerdings von Fällen untitulirten redlichen Besitzes aus, l. 23 D. de reb. cred. 12, 1, l. 48 D. de neg. gest. 3, 5, l. 30 pr. D. de a. e. v. 19, 1 in fine. Indessen besteht kein innerer Grund, die Klage hierauf zu beschränken. — Der Kläger ist befugt, den vom Beklagten erlösten „Kaufpreis" zu beanspruchen, dem Beklagten steht der Beweis der Einrede offen, daß die Sache zur Zeit des Verkaufs einen geringeren Werth hatte. R.G. Bd. 25 S. 130. Eine weitere Frage ist, ob der Beklagte von dem Erlöse der Sache abziehen darf, was er seinerseits beim Erwerbe für sie gab. Auch dies verneint Windscheid a. a. O. S. 37, jedoch sicher mit Unrecht. Denn dann würde der frühere Besitzer über den Betrag seiner Bereicherung hinaus haften, vgl. Zimmermann a. a. O. S. 53, Krüger a. a. O. S. 388. Auch Verwendungen, und zwar selbst luxuriöse, die er auf die Sache machte, wird er abziehen dürfen; sie mindern gleichfalls seine Bereicherung. Ueber B.G.B. vgl. § 816 Abs. 1 desselben.

28) Ueber Veräußerung nach der Klageerhebung — l. 17 pr. D. de r. v. 6, 1 — vgl. Pacchioni in d. stud. giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini 1892 S. 101 ff.

1) l. 6 D. de rei vind. 6, 1

2) Der Miteigenthümer mußte in der Regel die Größe der eingeklagten Quote in der Klage angeben; doch ließ man aus besonderen Gründen ausnahmsweise eine vindicatio incertae partis zu, l. 76 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

Digitized by Google

zu behaupten und zu beweisen. Erst wenn dies festgestellt war, kam es im weiteren Verfahren zur Ausmittelung der einzelnen Stücke, die ihm gehörten.[3]

Auch im heutigen Prozesse muß der Kläger natürlich den Gegenstand, um den es sich handelt, von vornherein derart bezeichnen, daß daraufhin Vertheidigung und Verurtheilung möglich ist. Aber eine specielle Beschreibung des Objektes in der Klage ist nicht mehr schlechthin nöthig. Man kann z. B. ein Gut vindiciren vorbehaltlich der späteren Ermittelung der in ihm enthaltenen Grundstücke; nicht weniger kann man Sachgesammtheiten, z. B. ein Waarenlager, das Inventar eines Landgutes, in der Art einklagen, daß zuerst das Recht des Klägers im Allgemeinen festgestellt und dann erst über die einzelnen zugehörigen Stücke verhandelt wird.[4]

2. Der Kläger hat sein Eigenthum zu beweisen,[5] nicht weniger

---

3) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 294. Ueber die vindicatio gregis vgl. l. 1 § 3, l. 2, l. 3 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 23 § 5 D. eod., l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 452; Exner, Tradition S. 216; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 96, siehe auch oben § 68 Anm. 7. Viele Schriftsteller behaupten freilich, daß Heerden und andere Naturganze wie einheitliche Sachen Gegenstand des Eigenthumes seien, daß man daher eine Heerde als solche „unabhängig von dem rechtlichen Verhältnisse der einzelnen Stücke" in Anspruch nehmen könne, so daß der Beklagte auch diejenigen Stücke, welche „als einzelne nicht im Eigenthume des Klägers ständen", herausgeben müsse, nur nicht die ihm selbst gehörenden. So Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 6. Doch welchen inneren Grund hätte es, daß der Kläger, was ihm nicht gehört, dem besitzenden Beklagten entreißen könnte! Die Quellen wissen hiervon nichts. l. 2 D. h. t. „in restitutionem non veniunt aliena capita". Siehe Dernburg, Pfandrecht S. 456; Exner a. a. O. — Auch die Ansicht von Exner, daß, wer den Beweis des Eigenthumes an der Mehrzahl der Stücke geführt habe, die Vermuthung des Eigenthumes der übrigen Stücke habe, ist nicht zu begründen. Die vindicatio gregis bezweckte Vindikation der einzelnen Stücke unter prozessualischer Erleichterung bezüglich der Angabe der Zahl und der Beschaffenheit des Heerdenviehes in der Klage. Nicht im Widerspruche steht l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2. Wer eine Heerde vindicirte und dieselbe, wenn auch nach Vermehrung durch andere Stücke, später nochmals vindicirt, fordert die früher eingeklagten Stücke nochmals, wenn auch vielleicht das zweite Mal zugleich mit anderen. Um deswillen steht ihm die exceptio rei judicatae entgegen. Die nach dem ersten Prozesse hinzugekommenen Stücke besonders zu vindiciren, ist dagegen nicht verwehrt. Vgl. noch Seuff. A. Bd. 3 n. 329, Bd. 7 n. 283, Bd. 13 n. 308, Bd. 28 n. 108. — Siehe auch Petražycki Einkommen Bd. 1 S. 120.

4) So auch Kohler a. a. O. Die Römer sind so weit nicht gegangen, l. 3 § 1 D. de rei vind., vgl. auch l. 56 D. eod. — Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 8 seit der 5. Auflage hält, entgegen seinen früheren Auflagen, eine Vindikation von Sachgesammtheiten, die nicht Naturganze sind, für unzulässig. Denn die „Quellenzeugnisse reichen über die Heerden nicht hinaus". Wer, wie wir, die Frage als eine prozessualische betrachtet, kann den römischen Prozeßvorschriften keine praktische Bedeutung beilegen.

5) l. 9 D. de rei vind. 6, 1, l. 11 C. de pet. her. 3, 31, l. 2 C. de probat. 4. 19. Mitteis, Reichsrecht S. 501 nimmt an, daß diese Verordnungen durch den Gegensatz gegen das hellenistische Recht der s. g. „Diadikasie" hervorgerufen wurden, bei welcher das relativ bessere Recht eines der Streitenden entschied.

Digitized by Google

den Besitz des Beklagten zur Zeit der Klageerhebung oder Dolus desselben, welcher ihn wie einen Besitzer haftbar macht.[6]

Der Beweis des Eigenthumes geschieht durch Darlegung eines Erwerbstitels. Stützt sich der Kläger auf derivativen Erwerb, so hat er auch das Eigenthumsrecht seiner Rechtsvorfahren darzuthun.[7] Doch genügt äußerstenfalls der Nachweis des Besitzes während der Ersitzungszeit.[8]

3. Gegenstand der Klage und der Verurtheilung ist Anerkennung des Eigenthumes des Klägers durch den Richter.

Hieran schließt sich die Verurtheilung zur Herausgabe der Sache und ihres Zubehöres,[9][10] außerdem aber auch zu Leistungen persönlicher Natur. Dabei greift der Unterschied zwischen redlichen und unredlichen Besitzern ein.

a) Der redliche Besitzer ist für die Zeit vor der Klageerhebung nicht verantwortlich.[11] Von der Klageerhebung an steht er für Verschuldung ein.[12]

---

6) l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1.

7) Dies ist Streitfrage. Die hier vertheidigte Ansicht war schon zur Zeit der Glossatoren herrschend. Aber bereits damals gab es Dissentienten, vgl. Landsberg, Glosse S. 269. Für die strengere Auffassung sind u. a. Glück Bd. 8 S. 156, Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 1, Windscheid Bd. 1 § 196 Anm. 3. Eine laxere Auffassung, wonach der Nachweis des Eigenthumes der Rechtsvorgänger auch bei derivativem Erwerbe nicht nöthig sein soll, vertritt u. a. Thibaut im Archiv für civ. Praxis Bd. 6 n. 15, Brinz Bd. 1 § 168, Wendt im Arch. f. civ. Pr. Bd. 76 S. 307, Pflüger daselbst Bd. 77 S. 16, Bd. 78 n. 8. Man findet es natürlicher, gerechter und der überhaupt auf Glaubhaftigkeit, nicht Evidenz angewiesenen Theorie des Beweises entsprechender, den Kläger, der ein Eigenthumserwerbsgeschäft nachweise, so lange als Eigenthümer zu erachten, als Beklagter nicht ebensoviel für sich oder das Nichteigenthum des Gegners erhärtet. Aber ein Eigenthumserwerbsgeschäft ist leicht herzustellen und geht oft unter bedenklichen Umständen vor sich, kann daher Eigenthum allein nicht darthun. Auch ist nicht zu vergessen, daß jede Erleichterung, die wir dem Vindikanten zugestehen, den Besitzer beschwert. So auch Meyer im Archiv f. civ. Pr. Bd. 77 n. 14 und Bd. 79 n. 12. Sind die Voraussetzungen der Publiciana vorhanden, so siegt der Kläger als publicianisch Berechtigter, sofern sich seine Vindikation, was in der Regel der Fall sein wird, als eventuelle Publiciana auffassen läßt. Vgl. unten § 228 am Ende. Manche verlangen freilich ausdrückliche Kumulation.

8) B.G.B. § 1006 bestimmt: „Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermuthet, daß er Eigenthümer der Sache sei". Der frühere Besitzer entkräftet aber diese Vermuthung durch den Nachweis seines unfreiwilligen Besitzverlustes. Weiter wird bestimmt: „Zu Gunsten eines früheren Besitzers wird vermuthet, daß er während der Dauer seines Besitzers Eigenthümer der Sache gewesen sei". Damit wird der Eigenthumsbeweis sehr erleichtert.

9) Vgl. l. 246 § 1 D. de V. S. 50. 16. Es sind auch die Pertinenzen — oben § 77 — herauszugeben, sofern sie nicht dem Beklagten gehören. Doch heben dies die Quellen nicht speciell hervor.

10) Was den Ort der Restitution anlangt, so hat der redliche Besitzer bewegliche Sachen zu restituiren, wo sie sich befinden; doch kann der Kläger ihre Restitution am Klageorte auf seine Gefahr und Kosten fordern. Der unredliche Besitzer, welcher die Sache von dem Orte wegbrachte, an dem er den Besitz überkam, hat sie dorthin auf seine Kosten zurückzuliefern, l. 10, l. 11, l. 12 D. de rei vind. 6, 1.

Digitized by Google

Der unredliche Besitzer dagegen ist wegen Nachlässigkeit auch verantwortlich, wenn sie sich vor dem Prozeßbeginne ereignete. Vom Prozeßbeginne an steht er sogar für Zufall ein, es sei denn, daß dieser nachweisbar auch den Kläger getroffen hätte, wenn die Sache zur Zeit des Prozeßbeginnes herausgegeben worden wäre.[13]

b) Der redliche Besitzer hat die zur Zeit der Klageerhebung bei ihm vorhandenen Früchte zu restituiren,[14] ferner zu erstatten, was er *nach der Klageerhebung* aus der Sache gewonnen hat, so wie auch, was er nach derselben aus ihr als guter Hausvater hätte gewinnen können und sollen.[15]

Der unredliche Besitzer hat allen Gewinn herauszugeben, den er aus der Sache vor oder nach der Klageerhebung gezogen hat, ferner was er vor dem Prozeßbeginne nachlässiger Weise aus der Sache zu ziehen versäumte. Nach dem Prozeßbeginne hat er zu ersetzen, was der *Eigenthümer* hätte ziehen können, selbst wenn der Besitzer persönlich nicht im Stande war, derartigen Gewinn zu machen.[16]

4. Das Recht des Klägers, sein Interesse einseitig durch juramentum in litem zu taxiren, wenn der Beklagte die Sache ungehorsamerweise

---

11) Vgl. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum ... nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi rem suam neglexit, nulli querellae subjectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est.

12) l. 21, l. 36 § 1, l. 45 D. de rei vind. 6, 1, siehe oben § 154 Anm. 12. Ebenso B.G.B. § 989.

13) Siehe oben § 154 Anm. 12 bis 15. So im Wesentlichen auch nach B.G.B. §§ 990, 992.

14) l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Vgl. oben § 205.

15) § 2 J. de officio judicis 4, 17 ... si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. Vgl. R.G. Bd. 3 S. 202. Nach B.G.B. giebt der redliche Besitzer nur die nach der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen heraus und leistet Ersatz für die nach diesem Zeitpunkt schuldhafterweise nicht gewonnenen § 987. Geschah der Besitzerwerb unentgeltlich, so hat er die vorher gezogenen Nutzungen als ungerechtfertigte Bereicherung zu erstatten § 988.

16) l. 62 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum: Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruitus sit, sed an *petitor* frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Julianus quoque probat. Vgl. l. 4 C. unde vi 8, 4. Savigny Bd. 6 § 217 behauptet, der bösgläubige Besitzer habe nur die Früchte zu ersetzen, wegen deren Vernachlässigung ihn ein Vorwurf treffe. — Vgl. hiergegen Wächter, Erört. Heft 3 S. 133, Vangerow Bd. 1 § 333 II 1c, Windscheid Bd. 1 § 124 Anm. 6. Allerdings äußern einige Stellen, der malae fidei possessor hafte für das, was er „percepit aut percipere poterat", so namentlich l. 5 C. de rei vind. 3, 32. Dabei ist aber an Fälle gedacht, in denen der Kläger nicht mehr aus der Sache hätte ziehen können als der Beklagte. Konnte der Kläger höheren Gewinn erzielen als der Beklagte, so hat dieser den Ersatz um deswillen zu leisten, weil ihn die Schuld an den klägerischen Verlust dadurch trifft, daß er die Sache nicht rechtzeitig herausgab.

Digitized by Google

nicht herausgiebt,[17] besteht nach der C.P.O. in römischer Weise nicht mehr. Vielmehr unterliegt es dem Ermessen des Richters, ob der Beweisführer zu einer einseitigen eidlichen Taxation seines Interesses zu verstatten ist.[18]

§ 227. Retentionsrechte gegenüber der Vindikation.

Nicht selten ist der Besitzer zur Zurückhaltung der vindicirten Sache befugt.

I. Dies ist der Fall, wenn ihm ein dingliches Recht auf Besitz oder Innehabung, z. B. Faustpfandrecht oder Nießbrauch, zusteht,[1] ferner wenn ihm eine nicht willkürlich widerrufbare Konzession des Besitzes seitens des Eigenthümers ertheilt ist, z. B. auf Grund eines suspensiv bedingten Veräußerungsgeschäftes für die Zeit des Obschwebens der Bedingung.[2]

Nach heutigem Rechte unterliegt auch der Miether und Pächter so lange er kontraktgemäß in der Miethsache ist, der Vindikation des Vermiethers nicht.[3]

II. Auch wegen Verwendungen, die er auf die fremde Sache machte, kann dem Besitzer ein Rückhaltungsrecht zustehen.[4 5]

1. Hinsichtlich der Verwendungen unterscheidet man:

a) nothwendige — necessariae — welche die ordentliche Bewirthschaftung der Sache mit sich bringt, z. B. zur Erhaltung beschädigter Gebäude oder Dämme, zur Neuerrichtung für die

17) l. 2, l. 5 pr. D. de in litem jurando 12, 3.

18) C.P.O. § 287.

1) Nach der nov. 18 cap. 10 durfte sich der Beklagte, welcher das Eigenthumsrecht des Klägers bestritten und diesen hierdurch zum Beweise genöthigt hatte, nicht hinterher in demselben Prozesse auf ein vom Kläger herkommendes dingliches Recht, z. B. ein Pfandrecht, berufen. Er mußte vielmehr die Sache herausgeben und sein angebliches dingliches Recht klagend verfolgen, Windscheid Bd. 1 § 197 Anm. 1. Diese prozeßrechtliche Vorschrift ist durch das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 außer Kraft gesetzt. Der Richter kann jedoch nach seinem Ermessen ein Theilurtheil über den Klageanspruch fällen.

2) l. 7 § 3 a. E. D. de jure dotium 23, 3.

3) Vgl. Ziebarth, Obligation und Realexekution S. 40. Der Satz entspricht freilich dem reinen römischen Rechte nicht.

4) W. Sell in Sells Jahrbüchern Bd. 3 n. 8 und 9; Leist, civil. Studien Heft 2 S. 11 ff.; Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 382 ff.; Petražycki, Einkommen I. S. 291 ff., S. 150 ff. — Die Impensenansprüche des Besitzers einer Erbschaft wurden im entwickelten römischen Rechte anders gestaltet, als die des Besitzers einer einzelnen Sache. — Es muß sich nicht nothwendig um körperliche Veränderungen der Sache handeln; auch Vermessungen, Pläne, Kostenanschläge können hierher gehören; Leist, Studien Heft 2 S. 25.

5) l. 48 D. de rei vind. 6, 1, abgedruckt unten Anm. 13. Es ergiebt sich hieraus, daß diese Gegenansprüche nicht vor der Kaiserzeit Anerkennung fanden.

Digitized by Google

Wirthschaft erforderlicher Scheunen oder durch Aenderung des Stromlaufs nothwendig werdender Dämme.[6]

b) Nützliche — utiles, Meliorationen — hierüber hinausgehende, der Steigerung des Einkommens[7] oder Erhöhung des Verkaufswerthes der Sache dienende, z. B. Erbauung von Miethshäusern oder Errichtung einer Zuckerfabrik auf einem Landgut.[8]

c) Luxusausgaben — voluptuariae — ohne wirthschaftlichen Nutzen.[9]

2. Jedem Besitzer, dem unredlichen wie dem redlichen sind die von ihm gemachten nothwendigen Verwendungen zu ersetzen.[10]

Erstattung nützlicher Auslagen kann der redliche Besitzer in der Regel fordern, soweit sie den Werth der Sache noch zur Zeit ihrer Herausgabe vermehren, jedoch nie über den aufgewendeten Betrag hinaus.[11]

Bezahlung von Luxusausgaben kann auch der redliche Besitzer dem Eigenthümer nicht ansinnen.

---

6) Die hergebrachte Definition bezeichnet nach l. 79 pr. D. de V. S. 50, 16 als nothwendige Verwendungen, die „zur Erhaltung" der Sache unentbehrlichen. Mit Recht führt aber Petražycki a. a. O. aus, daß einerseits auch neue Anlagen, welche durch die ordentliche Bewirthschaftung eines Gutes gefordert sind, nothwendige bilden, vgl. l. 1 § 3 D. de impensis 25, 1 „pistrinum vel horreum necessario factum", l. 7 § 16 D. sol. matr. 24, 3 „si novam villam necessario exstruxit", und daß andererseits Aufwendungen zur Erhaltung überflüssiger Sachen nichts weniger als nothwendige sind l. 9 (10) § 1 D. de neg. gest. 3, 5. Wir schließen uns daher der Begriffsbestimmung von Petražycki a. a. O. an.

7) Ulp. fragm. VI § 16, l. 5 § 3, l. 6 D. de inpensis 25, 1.

8) l. 10 D. de inpensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

9) l. 7 D. de inpensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

10) Der Dieb aber hat keinerlei Ersatzansprüche, l. 13 D. de cond. furtiva 13, 1, l. 1 C. de infant. expos. 8, 51. Der Dieb, welcher das reife Getreide eines Andern für sich abmäht und drischt, kann also, ertappt, nicht „Tagelohn" als Verwendung fordern. Anderen bösgläubigen Besitzern werden nothwendige Verwendungen ersetzt nach l. 5 C. de rei vind. 3, 32 von Gordian, vgl. übrigens l. 38 D. de her. pet. 5, 3. Nach B.G.B. § 994 werden nothwendige Verwendungen, die von einem bösgläubigen Besitzer oder nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit vorgenommen werden, nur nach den Vorschriften über die negotiorum gestio ersetzt.

11) Celsus libro 3 digestorum l. 28 D. de rei vind. 6, 1. In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis causisque constituet ... finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum, constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare. quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias, finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es. Ebenso B.G.B. § 996, doch unter Beschränkung auf die vor der Rechtshängigkeit gemachten Aufwendungen.

Digitized by Google

Verwendungen, für die er keinen Ersatz erhält, darf jeder Besitzer wegnehmen, sofern er die Sache wieder in den früheren Stand versetzt — jus tollendi. Nicht gestattet ist aber die Wegnahme, wenn sie ohne pekuniären Nutzen für ihn ist.[12]

Der redliche Besitzer muß sich den ihm zugefallenen Fruchtnutzen auf seine Forderungen wegen Verwendungen anrechnen lassen.[13]

Die periodisch wiederkehrenden s. g. laufenden Ausgaben, insbesondere die unmittelbaren Kosten der Fruchtbestellung mindern den Fruchtertrag. Sie fallen daher stets dem zur Last, welchem die Früchte zukommen.[14]

3. In der Regel kann der Rechtsnachfolger auch diejenigen Verwendungen in Rechnung stellen, welche seine Rechtsvorfahren auf den Klagegegenstand machten, da er sie von diesen gewissermaßen mit erworben hat.[15]

4. Die Thatsache der Verwendung allein berechtigt aber höchstens die Sache, auf welche sie geschah, — mittels s. g. exceptio doli generalis[16] — zurückzuhalten.[17]

Eine Klage auf Ersatz von Verwendungen bedarf eines besonderen Rechtsgrundes.[18]

§ 228. Die publicianische Klage.[1]

I. Die publicianische Klage soll redlichen titulirten Erwerbern den Besitz im Falle des Verlustes zurückverschaffen. Sie ist der Eigenthums-

12) l. 37 D. de rei vind. 6, 1. — Vgl. hierüber Pernice, Labeo, Bd. 2. 2. A. S. 384 und die oben Anm. 11 abgedruckte l. 38 D. eod. Ebenso B.G.B. § 997.

13) l. 48 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 2 responsorum: Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet ei fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

14) Petražycki, Einkommen S. 151, vgl. unten § 248 im Text vor Anm. 27, l. 46 D. de usuris 22, 1, l. 7 pr. D. soluto matrimonio 24, 3, l. 3 § 1, l. 16 D. de inpensis 25, 1, l. 1 C. de fructibus 7, 51, l. 6 § 3 D. de operis serv. 7, 7.

15) Ebenso B.G.B. § 999.

16) Vgl. oben § 138 Ziff. 4.

17) l. 48 D. de rei vind. 6, 1 — oben Anm. 13 —, l. 33 D. de cond. indebiti 12, 6, l. 14 D. de doli mali exc. 44, 4, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3 — anders in l. 5 § 2 D. de inpensis 25, 1. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 422 Anm. 7.

18) Anders B.G.B. § 1002, doch mit kurzer Befristung für die Klage auf Ersatz der Verwendungen.

1) Tit. Dig. de Publiciana in rem actione 6, 2, Lenel edictum S. 129, Deurer Schutz des relativ besseren Rechts in Iherings Jahrb. Bd. 1 n. 5, Carusi l'azione Publiciana in diritto Romano 1889, siehe auch die oben § 193 Anm. 1 Angeführten, vgl. ferner § 194 Anm. 1.

Digitized by Google

klage nachgebildet. Doch greift sie nicht, wie diese, Jedermann gegenüber durch, führt vielmehr nur gegenüber minderberechtigten Besitzern zum Siege.[2] Es liegt ihr der Gedanke zu Grunde, daß der gutgläubige titulirte Erwerber, auch wenn er nicht Eigenthümer wird, dennoch ein dingliches Recht von relativer Kraft bezüglich der Sache hat.[3]

Die Bildung der publicianischen Klage wurde durch eine Fiktion vermittelt. Man fingirte nämlich, daß der Kläger die eingeklagte Sache während der vollen Ersitzungszeit besessen habe. Wäre er unter dieser Unterstellung auf Grund des Vorhandenseins der anderen Voraussetzungen der Ersitzung Eigenthümer geworden, so soll er wie ein Eigenthümer behandelt werden.[4] Die Beziehung auf die Ersitzung gab dem Anspruche des gutgläubigen Erwerbers Form und Gestalt. Aber sie legte seiner Entwickelung auch Fesseln an und brachte etwas Fremdes in das Institut.

II. Die Voraussetzungen der Klage sind folgende:

1. Ein Erwerbstitel seitens des Klägers. Vom Kaufe ging man aus.[5] Andere Eigenthumserwerbsgründe wurden gleichgestellt.[6] Auch bloße Putativtitel müssen wie bei der Ersitzung genügen.[7]

2. Besitzerwerb und Besitzverlust.

In gewissen Fällen gab man publicianische Klagen Berechtigten, die niemals selbst im Besitze gewesen waren.[8]

---

2) Die Publicianische Klage ist nach B.G.B. § 1007 ersetzt durch den Anspruch aus früherem Besitz einer beweglichen Sache zu Gunsten gutgläubiger Besitzer, welche den Besitz unfreiwillig verloren haben, also nicht bloß der Eigenbesitzer, sondern auch von Miethern, Findern. Titel ist nicht erforderlich.

3) Vgl. oben § 194.

4) Die Klageformel lautete: si quem hominem As As emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure quiritium esse oporteret, si is homo Ao Ao arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam c. s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 36. Lenel edictum S. 131. Anders Carusi a. a. O. cap. I. Vgl. § 4 J. de act. 4, 6. Ueber das Edikt siehe oben § 193 Anm. 8.

5) Vgl. die in Anm. 4 enthaltene Klageformel. Nach Regulirung des Kaufpreises wurde nicht gefragt, l. 8 D. de Publ. in rem actione 6, 2.

6) l. 3 § 1, l. 13 pr. § 1 D. h. t. 6, 2.

7) l. 5 D. h. t. 6, 2. Ulpian erachtet in l. 7 § 2 D. h. t. 6, 2 Kauf von einem Wahnsinnigen für genügend, Paulus verwirft in der l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4 die Publiciana auf Grund eines solchen Kaufes. Vom Standpunkte der justinianischen Kompilation läßt sich die Antinomie durch die Annahme lösen, daß die letztere Stelle dem Käufer die actio Publiciana nur gegen seinen Autor versage, weil er wegen der Nichtigkeit des Kaufgeschäftes der exceptio dominii desselben keine replicatio rei venditae et traditae entgegenstellen könne. So schon die Glosse ergo zu l. 7 § 2 D. h. t. — Landsberg, Glosse S. 176 — und viele Neuere, z. B. Vangerow Bd. 1 § 335 S. 667, Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 5; siehe dort weitere Litteratur.

8) Das publicianische Edikt und die Formel der publicianischen Klage forderten Tradition an den Kläger, und die römische Jurisprudenz bezeichnet als regelmäßige Klagebedingung „Besitzverlust", Gaj. Inst. IV § 36, § 4 J. de act.

Digitized by Google

3. Redlichkeit zur Zeit des Kaufes und des Besitzerwerbes.[9] Bei Titeln anderer Art muß Redlichkeit zur Zeit des Besitzerwerbes genügen.[10]

Da die Ersitzung nach dem kanonischen Recht Redlichkeit während des ganzen Laufes der Ersitzungszeit erfordert, so verlangen manche Schriftsteller auch für die publicianische Klage Fortdauer des redlichen Besitzes. Dem ist nicht beizutreten. Die Beziehungen der publicianischen Klage zur Ersitzung sind vorzugsweise historische, so daß die Weiterentwickelung der Ersitzung keineswegs unmittelbar auch eine

4. 6, l. 6, l. 9 § 6, l. 12 § 7, l. 13 pr. D. h. t. 6, 2. Dennoch erachtet die herrschende Meinung seit der Glosse sunt et aliae zu l. 3 pr. D. h. t. — Landsberg, Glosse S. 325 — Besitzerwerb und Besitzverlust nicht als wesentliche Voraussetzung. Den schärfsten Ausdruck hat der herrschenden Meinung wohl Windscheid Bd. 1 § 199 Ziff. 2 gegeben, „daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei", lehrt er, „ist nicht nothwendig", und er fügt erläuternd hinzu: „Besitzerwerb ist Erforderniß des dem redlichen Erwerber zu gewährenden Schutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandtheil der Erwerbsthatsache ist, auf welche er sich beruft." Hiernach gäbe namentlich der Titel des Legates die publicianische Klage selbst dann, wenn der Legatar, dem der Nichteigenthümer vermachte, nie im Besitz gewesen wäre. Doch schärfere Prüfung zeigt, daß dies weder mit den Grundprinzipien des Rechtes noch auch trotz täuschenden Scheines mit den Quellen vereinbar ist. Man denke: A. ist nicht ganz 30 Jahre im redlichen Besitze eines Grundstückes, ohne einen Titel nachweisen zu können, B., welcher weder Besitz, noch Titel, noch Redlichkeit hatte, aber Ansprüche auf das Grundstück erhob, vermacht es schließlich seinem Sohne C., welcher an die Ansprüche seines Erblassers glaubt. Kann nun C. auf Grund seines Titels den A. mit der actio Publiciana aus dem Besitz setzen? Dies wäre sicher irrationell. Man mißversteht die Quellen, wenn man Derartiges aus ihnen folgert, vgl. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes S. 36. a) Die Hauptstütze der herrschenden Lehre ist l. 1 §§ 1 und 2 D. de Publiciana actione 6, 2, Ulpianus libro 16 ad edictum: Merito praetor ait „nondum usucaptum": nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam. sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt juris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum. Gewöhnlich liest man aus diesem Passus heraus, „Legat" stehe ohne Besitzübertragung der Tradition gleich. Doch nicht um Tradition handelt es sich hier, sondern um die Ediktsworte „nondum usucaptum". Nichts Anderes bemerkt Ulpian, als: wie der Kläger nicht auf die Publiciana verwiesen ist, wenn er usukapirt hat, so ist ihm diese auch nicht mehr nothwendig, wenn er in anderer Weise, z. B. durch Legat, Eigenthümer geworden ist, Lenel a. a. O. — Daß Legat und mortis causa donationes vom Nichteigenthümer die Publiciana nur amissa possessione erzeugen, deutet l. 2 D. h. t. an. b) Nach l. 7 D. h. t. begründet die Adjudikation die Publiciana; des Besitzerwerbes wird hierbei nicht gedacht. Dies beweist aber sehr wenig. Es handelt sich um die Untersuchung, welche causae justae seien, und es wird die Adjudikation hierher gerechnet; die sämmtlichen Erfordernisse der Publiciana daneben aufzuführen, konnte dem Juristen nicht in den Sinn kommen. c) Eine Publiciana ohne vorgängigen juristischen Besitz findet sich im Specialfalle der l. 15 D. h. t., vgl. l. 9 § 6 D. eod. d) Die Publiciana des Universalfideikommissares, dem ex S. C. Trebelliano restituirt ist, ist besonderer Art. Daß sie Eigenthum oder publicianischen Besitz des Erblassers voraussetzt, ist nicht zu bezweifeln, l. 12 § 1, l. 7 § 12 D. h. t. Unsere Auffassung billigt Wendt im Archiv f. c. Pr. Bd. 67 S. 407.

9) Das Edikt verlangte bona fides zur Zeit des Kaufes, l. 7 § 11 D. h. t. die Interpretation auch Redlichkeit zur Zeit der Tradition, l. 7 §§ 14 ff. D. h. t.

10) Nach römischem Rechte schadet mala fides superveniens nicht, l. 7 § 12 D. h. t. Ueber die l. 11 § 3 D. h. t. siehe Vangerow Bd. 1 § 335 1d.

Digitized by Google

Veränderung in den Voraussetzungen der publicianischen Klage nach sich ziehen mußte.[11]

4. Die Sache muß ersitzungsfähig sein.[12]

Dies ist Folge der Anlehnung der Klage an die Ersitzung. Innere Gründe sprechen für eine derartige Beschränkung der publicianischen Klage freilich nicht.[13]

III. Die publicianische Klage greift in der Regel gegenüber dem Eigenthümer nicht durch. Diesem steht vielmehr die exceptio dominii zur Seite.[14] Es giebt jedoch Fälle, in welchen diese Einrede durch eine Replikation überwunden werden kann.[15]

Auch gegenüber publicianischen Besitzern kann die publicianische Klage nur dann mit Erfolg durchgesetzt werden, wenn Kläger und Beklagter von demselben Autor erworben haben und wenn dem Kläger zuerst tradirt wurde.[16]

---

11) Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 8, die hier vertheidigte Bangerow Bd. 1 § 335 II 1d, Brinz Bd. 1 S. 721. B.G.B § 1007 Abs. 3 hat sich der hier vertretenen Ansicht angeschlossen.

12) l. 9 § 5 D. h. t., siehe ferner l. 12 § 4 D. h. t. Die l. 12 § 2 D. h. t. spricht von der Publiciana des Emphyteuta.

13) Daher ist diese Beschränkung Streitfrage, aber freilich vom Standpunkte der justinianischen Legislation kaum bestreitbar. Vgl. Bangerow Bd. 1 § 335 IIb, aber auch Brinz Bd. 1 S. 716, Carusi a. a. O. S. 131.

14) l. 16, l. 17 D. h. t. 6, 2. Ebenso B.G.B. § 1007 Abs. 2. — Berufung auf Eigenthum eines Dritten ist unzulässig.

15) Vgl. oben § 216 über die replicatio rei venditae et traditae. Noch andere Repliken sind zulässig, z. B. die replicatio rei judicatae. Ein Fall, in welchem der Beklagte mit der exceptio dominii nicht durchdrang, findet sich in der l. 57 D. mandati 17, 1; hier erhielt der Sklavenhändler wegen Abwesenheit Restitution gegen die Ersitzung seiner Sklaven. Ueber diese vielbesprochene Stelle vgl. Bangerow Bd. 1 § 335 II 2a, Brinz Bd. 1 S. 722, Erman Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 13 S. 181 und la Publicienne S. 14.

16) Bezüglich des Falles, daß Kläger und Beklagter von verschiedenen Nichteigenthümern publicianischen Besitz erhielten, waren die römischen Juristen nicht einig. Nach der einen Ansicht geht auch hier der publicianisch Berechtigte vor, welcher zuerst den Besitz erhielt. Neratius libro 3 membranarum l. 31 § 2 D. de a. e. v. 19, 1: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est, si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est. Neratius faßte die Stellung des publicianischen Erwerbers bereits als ein Recht an der Sache auf und zog hieraus den Schluß, daß dem älteren Rechte, d. h. dem durch die frühere Tradition begründeten, der Vorzug zu geben sei. Julian und Ulpian aber vertraten die entgegengesetzte Auffassung. Ulpianus libro 16 ad edictum l. 9 § 4 D. h. t. 6, 2: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est an is qui tantum emit — d. h. welcher nur zuerst gekauft hat. — Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerit, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est. Die letztere Ansicht theilte Paulus libro 14 ad Plautium l. 14 D. qui potiores 20,

Digitized by Google

IV. Die publicianische Klage bezweckt Anerkennung des besseren Rechtes des Klägers und Verurtheilung des Beklagten zu Allem, was derselbe bei der Eigenthumsklage zu leisten hätte. Andererseits können der publicianischen Klage dieselben Gegenansprüche wie der Eigenthumsklage entgegengestellt werden.[17]

V. Die publicianische Klage kann auch dem Eigenthümer der Sache dienen, indem er sich auf seinen redlichen Erwerb stützt, ohne dessen Rechtmäßigkeit darzuthun.[18] Damit überwindet er aber natürlich nur solche Besitzer, welche ihm auch nachstünden, wenn er bloß publicianischer Besitzer wäre. Publicianischen Besitzern gegenüber muß er in der Regel auf sein Eigenthumsrecht zurückgreifen.

II. Persönliche Klagen.

§ 229. a) Die Grenzscheidungsklage.

Der Eigenthümer hat zum Schutze seines Eigenthumes außer den dinglichen zahlreiche persönliche Klagen theils gegen Nachbarn, theils gegen Andere, die seine Sache bedrohen oder antasten.

4: Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. Sie ist also diejenige der späteren Jurisprudenz, welche überhaupt vorzugsweise Julian folgte, und diejenige der justinianischen Kompilation. Besonders zweifelhaft ist die Frage, wenn die beiden Prätendenten gegen einen schlechteren Besitzer gleichzeitig mit der publicianischen Klage auftreten. Savigny Bd. 7 S. 308 not. m. giebt hier dem älteren Erwerber den Vorzug. Folgerecht ist dies nicht. Vielmehr muß die Prävention der Klage entscheiden, wenn die Klagen beider Prätendenten in einem Verfahren behandelt werden. Sind die Klagen unabhängig von einander angestellt, so hat die Oberhand, wer zuerst die Exekution durchsetzt. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II 2b, Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 13. Nach B.G.B. § 1007 kann der gutgläubige Besitzer mit der Klage aus älterem Besitze dann belangt werden, wenn die Sache dem Kläger gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.

17) l. 7 § 8 D. h. t., vgl. Gaj. Inst. IV § 36.

18) Schulin, über einige Anwendungsfälle der Publiciana 1873 — vgl. auch krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18 S. 535 — führt aus, die publicianische Klage beruhe nur auf Thatsachen, nicht auf einem Recht. Da nun Thatsachen durch spätere Thatsachen nicht ungeschehen gemacht werden könnten, so bleibe die actio Publiciana für denjenigen, für welchen sie einmal begründet sei, auf ewige Zeiten zuständig, unabhängig von den Rechtsveränderungen, die inzwischen in Bezug auf die Sache vorgingen. Daher könne namentlich auch der gewesene Eigenthümer die actio Publiciana gegen einen unberechtigten Besitzer anstellen; dieser sei nicht befugt, ihm den Verlust des Eigenthumsrechtes vertheidigungsweise entgegenzustellen. Diese Auffassungen sind unhaltbar. Auch der actio Publiciana liegt eine Rechtsbeziehung zu Grunde; hört diese auf, so erlischt das Klagerecht. Wie sollte auch gewesenes Eigenthum gegenwärtigen Besitz überwinden! ein Todtes das Lebendige! Vgl. Jeß in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 n. 4, Huschke Publ. Klage 1874 S. 29 ff., Appleton in dem § 193 Anm. 1 angef. Buche, Audibert nouv. revue hist. 1890 p. 288, Erman la Publicienne p. 16.

Digitized by Google

Aus dem Nachbarverhältniß entspringt die Grenzscheidungsklage — actio finium regundorum.[1][2] Sie nimmt den Landstrich bis zur behaupteten Grenze als Eigenthum des Klägers in Anspruch und steht hiernach an Stelle der Vindikation.[3] Aber ihr Hauptzweck ist der Grenzfrieden unter den Nachbarn. Sie hat also eine persönliche Richtung und ist actio in personam.[4] Nach diesem Zwecke bestimmt sich das Einzelne.

1. Die Klage setzt einen Grenzstreit voraus. Der ruhige Besitz der Grenze muß thatsächlich oder wörtlich in Frage gestellt sein.

Sind die Nachbargrundstücke mit Gebäuden besetzt, die durch Grenzmauern geschieden sind, so findet die Grenzscheidungsklage nicht statt. Denn die Grenzmauer stellt eine feste Grenze und deren sicheren Besitz her. Eine etwaige Rektifikation ist mittelst der Eigenthumsklage zu bewirken.[5]

Zwischen Besitzungen, die ein öffentlicher Fluß oder ein öffentlicher Weg scheidet, ist die Grenzscheidungsklage nicht zulässig, weil jene nicht

---

1) Tit. Dig. finium regundorum 10, 1. Puchta, kleine civilistische Schriften n. 21; Wiederhold in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 3; Sternberg, ebendaselbst Bd. 17 n. 13; Hoffmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 31 n. 16 und Bd. 35 n. 10; Rönneberg im Arch. f. bürg. R. Bd. 11 S. 119. — Ueber die Geschichte der actio finium regundorum haben eingehende Untersuchungen angestellt: Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 10 n. 7 und in den Schriften der römischen Feldmesser Bd. 2 S. 433, sowie Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 134; vgl. auch Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 235, Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 459. — Das altrömische Recht unterschied den Streit de fine und de loco. Ein Streit „de fine" lag vor, wenn es sich höchstens um die Breite von 5 Fuß, „de loco", wenn es sich um eine größere Fläche handelte. Die actio finium regundorum betraf ursprünglich — darin hat Karlowa offenbar Recht — nur einen Streit um den finis, d. h. um eine Breite von höchstens 5 Fuß. Der Streit um größere Flächen war daher ursprünglich im Wege der Vindikation auszukämpfen. Dies bezeugt bestimmt Frontinus de controv. agrorum I 44, 4. Aber schon in der klassischen Kaiserzeit hielt man dies sicher nicht fest, gab vielmehr auch wegen des locus Grenzscheidungsklagen, vgl. l. 60 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi . . . locus latere potest, quatenus determinetur et definiatur, l. 4 pr. l. 7, l. 8 pr. D. fin. reg. 10, 1. Vieles ist in der geschichtlichen Entwicklung unaufgeklärt.

2) B.G.B. §§ 919 ff. unterscheidet ein Verfahren zur Wiederherstellung verdunkelter Grenzen und ein Grenzscheidungsverfahren, wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist.

3) l. 1 D. finium regundorum 10. 1. Paulus libro 23 ad edictum: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

4) l. 1 D. h. t. 10. 1.

5) Für die Regel werden praedia rustica. d. h. gebäudeleere Plätze gefordert, l. 2 pr., l. 4 § 10 D. h. t. Daß aber die Grenzscheidungsklage auch stattfindet, wenn Jemand mit einem Gebäude die Grenze des ländlichen Nachbargrundstückes überschreitet, besagt l. 2 pr. D. cit. ausdrücklich. Aus der l. 4 § 10 D. cit. geht hervor, daß man die Grenzscheidungsklage nur ausschloß, wo Gebäude durch Grenzmauern begrenzt sind. Vgl. Puchta a. a. O. S. 350, Seuff. Arch. Bd. 51 n. 97.

Digitized by Google

an einander grenzen.[6] Herüberdrängen des Weges auf das Nachbargrundstück berechtigt aber den benachtheiligten Nachbarn, Schadensersatz — mit der actio viae rejectae — zu fordern.[7]

2. Legitimirt zur Erhebung der Grenzscheidungsklage ist der Eigenthümer eines der zusammengrenzenden Grundstücke. Dies auch, wenn er im Besitze des streitigen Grenzstreifens ist, denn er ist auch dann am Grenzfrieden interessirt. Richtiger Beklagter ist der Eigenthümer des Nachbargrundstückes. Miteigenthümer müssen zusammen klagen,[8] zusammen verklagt werden, da sonst die Sicherung der Grenze nicht zu erreichen ist. Die Entscheidung unter den Eigenthümern macht — außer in Fällen hinterlistigen Zusammenspielens der Prozeßparteien s. g. Kollusion — Rechtskraft für und gegen die an den Grenzgrundstücken dinglich Berechtigten, auch wenn diese am Prozesse nicht Theil nahmen; denn die Sentenz wird für und gegen das Grundstück gefällt.[9]

Auch dinglich Berechtigte, insbesondere Superficiar, Emphyteuta, Nutznießer können den Umfang ihres Rechtes durch die Grenzscheidungsklage feststellen lassen.[10] Aber die Entscheidung in solchem Prozesse kann dem Eigenthümer weder nützen noch schaden.[11]

Redlichen Besitzern ist die Klage gleichfalls zu gewähren, und Besitzer jeder Art können verklagt werden.[12] Auch derartige Prozesse erstrecken ihre Rechtskraft nicht über die Prozeßparteien.

3. Die Grenzscheidungsklage ist actio duplex.[13] Der Richter hat daher nicht bloß unbegründete Anträge des Klägers abzuweisen; vielmehr muß er den vom Beklagten behaupteten Grenzzug, wenn er ihn richtig

---

6) l. 4 § 11, l. 5, l. 6 D. h. t. 10, 1.

7) l. 3 pr. D. de via publica 43, 11. Bestand eine eigene Klage oder handelt es sich nur um e. a. legis Aquiliae utilis? Setzt die Klage also Verschuldung voraus? Findet sie auch statt, wenn der Herüberdrängende kein Nachbar ist? Für eine bloße Aquilische Klage Ubbelohde bei Glück Bücher 43 und 44 Th. 4 S. 321. Ich nehme eine selbständige Klage aus altem römischen Bauernrecht an.

8) arg. l. 4 § 7 D. h. t.

9) l. 4 § 5 D. h. t. 10, 1 „magis fundo quam personis adjudicari fines intelleguntur". Doch ist klar, daß die Entscheidung den dinglich Berechtigten nicht präjudicirt, wenn sie auf Rechtsgeschäften beruht, welche die Eigenthümer nach Begründung des dinglichen Rechtes, z. B. des Pfandrechtes, abschlossen und durch welche sie einen Theil des Grenzlandes abtraten. Vgl. l. 21 D. quae in fraudem 42, 8.

10) l. 4 § 9 D. h. t. 10, 1.

11) Anderer Ansicht Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 397, weil die Grenze nichts relatives, nur zwischen Personen bestehendes, sondern eine für Alle geltende Eigenschaft des Grundstückes sei. So auch Brinz Bd. 1 § 177. Aber die dinglich Berechtigten können nur als legitimirt gelten, über die Grenze ihres Rechtes, nicht über die des Grundstückes zu streiten.

12) Die Quellen sprechen sich freilich über diese Fragen nicht aus.

13) l. 37 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

Digitized by Google

findet, anerkennen. Denn die Beseitigung der Unsicherheit der Grenze liegt im allgemeinen Interesse.

4. Für die Festsetzung der Grenze ist in erster Linie das Eigenthum maßgebend; dasselbe kann sich auf außerordentliche Ersitzung stützen.[14] In zweiter Linie entscheidet ruhiger Besitz.[15] Bestand auch solcher nicht, so ist der streitige Grenzstreifen wie gemeinsames Land zu behandeln und unter die Nachbarn zu theilen.[16]

Die ermittelte bisherige Grenze kann unzweckmäßig sein. Sie wird z. B. durch einen Bach gebildet, der seinen Lauf fortwährend verändert. Dann hat der Richter, um den Frieden unter den Nachbarn dauernd herzustellen, eine zweckmäßigere Grenze zu schaffen.[17] Wer hierdurch Land verliert, ist natürlich zu entschädigen.

5. Das Erkenntniß hat die Grenze festzustellen. Es hat ferner anzuordnen, daß sie äußerlich markirt werde,[18] es sei denn, daß bereits Grenzzeichen stehen, welche das Erkenntniß gegenüber Bestreitung als die richtigen anerkennt.

Auch Geldansprüche können geltend gemacht werden, namentlich wegen der seit dem Prozeßbeginne von unserem Grenzstücke gewonnenen Früchte. Ersatz der vom bösgläubigen Nachbarn vor dem Prozesse gezogenen Früchte ist in besonderem Verfahren zu fordern.[19]

§ 230. b) Cautio damni infecti.[1]

Gegen drohenden Schaden, dessen Ersatz sonst nicht zu beanspruchen wäre, kann man sich durch cautio damni infecti sichern[2]

14) Vgl. oben § 220 Ziff. 2d. Hat Kläger die streitige Fläche früher vindicirt und wurde er abgewiesen, so steht ihm die Einrede rechtskräftiger Entscheidung in der Grenzscheidungsklage insoweit entgegen, als er sich auf Eigenthum stützt.

15) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen l. 2 D. uti possidetis 43, 17. Daher haben die alten Grenzzeichen Gewicht, l. 11 D. h. t., weil sie in der Regel den Besitz darthun. Vgl. B.G.B. § 920.

16) l. 2 § 1 D. h. t. 10, 1. Ebenso B.G.B. § 920.

17) § 6 J. de officio judicis 4, 17. Nach B.G.B. gilt dies nicht.

18) l. 8 pr. D. h. t. 10, 1. Besteht kein eigentlicher Grenzstreit, sind aber die Grenzzeichen, z. B. durch eine Ueberschwemmung oder durch Alter schadhaft geworden, und einigen sich die Parteien über deren Herstellung nicht, so kann jeder Theil eine gerichtliche Anordnung über deren Erneuerung auf gemeinsame Kosten verlangen. Dies ergiebt die Natur der Sache und entspricht der Praxis. Wiederhold a. a. O. Bd. 13 S. 44 sieht mit Unrecht in solchem Verfahren das Wesen der römischen actio finium regundorum; dagegen Sternberg a. a. O. Vgl. nunmehr B.G.B. § 919.

19) l. 4 § 2 D. h. t. 10, 1.

1) Tit. Dig. de damno infecto 39, 2. Eine erschöpfende Monographie lieferte Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Theil 2 1875. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die ältere Litteratur.

2) Das Edikt siehe in l. 7 pr. D. h. t. 39, 2 und bei Lenel, edictum S. 299.

Digitized by Google

einmal wegen Anlagen, die im Nachbargrundstücke bereits bestehen, und zweitens wegen Unternehmungen, die in einem Grundstücke erst geplant werden.

Der Anspruch auf Kaution ist ein subsidiäres Rechtsmittel.[3]

1. Hauptfall des Schutzes wegen bestehender Anlagen ist die Kaution gegen drohenden Einsturz von Nachbargebäuden.[4] Sie kann aber auch wegen anderer baufälliger Anlagen, z. B. Dämmen, Terrassen, sowie gegen das Ueberstürzen schadhafter Bäume gefordert werden.[5]

Die Kaution ist nicht für Fälle bestimmt, in welchen den Nachbar eine Schuld trifft; sie greift auch nicht ein, wo der Schaden in reinem Zufall seinen Grund hat. Es handelt sich um ein Mittleres.

Ist der Nachbar nämlich in Schuld, so liegt ihm ohne weiteres voller Schadensersatz nach der lex Aquilia ob. So namentlich dann, wenn ein Gebäude, welches mit seinem Wissen und Willen auf seinem Grundstücke den Kunstregeln zuwider erbaut wurde, durch Einsturz auf dem Nachbargrundstücke Schaden anrichtet.

Hat andererseits ein bloßer Zufall Schaden verursacht, z. B. ein Erdbeben Häuser niedergestürzt oder ein Orkan Bäume umgeworfen, so kommt für solches Unglück Niemand dem Beschädigten auf, selbst dann nicht, wenn ihm eine cautio damni infecti gestellt ist.[6]

Die Kaution giebt ihren Schutz also bloß in Fällen, in welchen der Schaden durch zweckentsprechendes Thun oder angemessenes Unterlassen des Nachbarn verhütet werden kann.[7]

Sie sichert nur gegen Gefährdungen durch Anlagen. Es macht aber keinen Unterschied, ob der Schaden in fehlerhaftem Baugrund oder in schadhaftem Bau seine Ursache hat.[8] —

---

3) l. 18 § 9, l. 32 D. h. t. 39, 2; Burckhard a. a. O. S. 251 ff., R.G. Bd. 30 S. 114.

4) l. 7 §§ 1 und 2 D. h. t.; Burckhard a. a. O. S. 34.

5) l. 24 § 9 D. h. t. 39, 2.

6) l. 24 §§ 3, 4 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum: Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod injuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione quae vim habet divinam, vgl. l. 24 § 9 eod.

7) l. 24 § 8 D. h. t. 39, 2. Cassius quoque scribit, quod contra ea damnum datum est, cui nulla ope occurri poterit, stipulationem non tenere. R.G. Bd. 35 S. 151.

8) Kaution kann nicht gefordert werden, wenn nicht sowohl eine Anlage als das Grundstück selbst nach seiner natürlichen Bodenbeschaffenheit Schaden droht,

Digitized by Google

Die Leistung der Kaution wird nicht direkt erzwungen. Dem Kautionspflichtigen ist nur die Alternative gestellt „cavere“ oder „carere“, d. h. entweder die Kaution zu leisten oder sein Grundstück zu verlieren.[9] [10]

2. Die Kautionspflicht hat ferner, wer ein Unternehmen — opus — plant, zu dem er an sich berechtigt ist, das aber dem Grundstücke eines Anderen ungerechtfertigten Schaden bringen kann.[11]

Hierher gehörige Fälle sind, wenn man den Eintritt in ein fremdes Grundstück beansprucht, um sein Eigenthum von dort wegzunehmen, z. B. durch Ueberschwemmung übergeführte Erde oder übergefallene Früchte,[12] ferner, wenn man auf seinem Grundstücke oder auf öffentlichem Boden Anlagen beabsichtigt, die einen Anderen bedrohen,[13] z. B. Steinbrüche, die dessen Grundstück unterhöhlen und hierdurch dessen Einsturz herbeiführen können.[14]

Unterlassen der Unternehmung oder Stellung der Kaution ist hier die Alternative. Sie wird vom Bedrohten durch Verbot der Unternehmung bis zur Leistung der Kaution in das Werk gesetzt. Und zwar genügt Privatverbot, wenn etwas innerhalb des

---

z. B. einen Erdrutsch in Aussicht stellt, l. 24 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 81 ad edictum . . . vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit: denique nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est. — Nicht im Widerspruche steht l. 38 § 1 D. h. t., wo ein Gegensatz zwischen „agri“ und „aedificii“ vitium gemacht wird. Denn hierbei kann sehr wohl an Dämme, Terrassen, Bäume gedacht sein. So Burckhard a. a. O. S. 146 ff., dagegen freilich Brinz Bd. 1 S. 672.

9) l. 9 pr. D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum . . . unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit.

10) Nach B.G.B. § 836 ist der Grundstücksbesitzer zum Ersatz des Schadens in Folge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung eines Baues oder eines anderen Werks auf einem Grundstück verpflichtet. Nach § 908 kann der Eigenthümer des Nachbargrundstücks auch fordern, daß der Besitzer, welcher für jenen Schaden verantwortlich sein würde, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln treffe.

11) Man spricht hier von vitium operis im Gegensatze zum vitium aedium, vgl. l. 19 § 1 D. h. t. 39, 2.

12) l. 9 § 1, l. 15 D. ad exhibendum 10, 4.

13) Vgl. l. 3 § 11 D. de itinere 43, 19, l. 1 § 38 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 1 § 14 D. de cloacis 43, 23.

14) In der Regel freilich ist es verstattet, auf dem eigenen Grundstücke frei zu schalten, auch wenn hieraus einem Nachbargrundstücke Nachtheil erwächst; vgl. oben § 199 Anm. 1. Aber dies gilt — auch abgesehen von Immissionen — nicht unbeschränkt. Gegen Handlungen außergewöhnlicher Art, welche die Integrität eines Nachbargrundstückes mit besonderen Gefahren bedrohen, kann sich der Nachbar durch cautio schützen, l. 24 § 12 D. h. t. 39, 2 . . . si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 52, R.G. Bd. 30 S. 114. Eine Erdaufschüttung aber, welche dem Nachbar Feuchtigkeit „in geringem Umfange“ zuführt, rechtfertigt trotz R.G. Bd. 15 S. 205 das Verlangen einer c. damni infecti nicht. Sie muß der Nachbar dulden.

Digitized by Google

Grundstückes des Verbietenden vorgenommen werden soll; sonst bedarf es gerichtlichen Verbotes.[15]

§ 231. Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen.

Die Kaution wegen Gefährdung durch bestehende Anlagen ist besonders zu betrachten.

1. Wer ist berechtigt, die Kaution zu fordern? In erster Linie der Eigenthümer des bedrohten Grundstückes;[1] außerdem sind es dinglich Berechtigte, insbesondere Superficiare, Nießbraucher,[2] Pfandgläubiger,[3] endlich auch andere Personen, auf deren Gefahr das Grundstück steht,[4] folgerecht auch gutgläubige Besitzer desselben.[5]

Da Gefahr im Verzuge ist, so ist dem Kläger die Kaution zu bestellen, wenn auch bestritten wird, daß er zu ihrer Forderung legitimirt sei.[6] Er hatte nach römischem Rechte nur seine Angaben durch ein juramentum calumniae zu erhärten. Dies ist der C.P.O. fremd. An Stelle dessen hat er nach gemeinem Recht seine Legitimation dem Richter glaubhaft, d. h. wahrscheinlich zu machen.[7]

Ist aber der Zusammensturz der Anlage erfolgt, so muß, wer aus der ihm gestellten Kaution Schadensersatz fordert, im Streitfalle nachweisen, daß er rechtlich legitimirt war, die Leistung der Kaution zu beanspruchen.

2. Wer ist verpflichtet, die Kaution zu bestellen? Kautions-

---

15) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 526.

1) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 275.

2) l. 13 § 8 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. l. 39 § 2 D. eod.

3) l. 11 D. h. t. 39, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 392.

4) l. 18 pr. D. h. t. 39, 2. Paulus libro 48 ad edictum: Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est. Vgl. über einen Fall, in welchem der Käufer bereits vor der Tradition aus diesem Grunde ein Recht auf Kaution hat, l. 38 pr. D. h. t. — Auch Miether und Bewohner des bedrohten Hauses haben ein Recht auf Kaution wegen ihrer eingebrachten Mobilien, l. 13 § 5 D. h. t. 39, 2. Ceterum — sagt Ulpianus libro 53 ad edictum l. 13 § 4 D. h. t. 39, 2 — neque ei qui in meo deambulet, neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, caveri debet.

5) Allerdings spricht sich für das Gegentheil Ulpianus libro 53 ad edictum unter Berufung auf Marcellus aus, l. 13 § 9 D. h. t.: Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait, und ebenso l. 11 D. eod. Aber nach dem in Anm. 4 citirten Satze von Paulus in l. 18 pr. D. h. t. ist auch dem gutgläubigen Erwerber der Kautionsanspruch nicht zu versagen. So Burckhard a. a. O. S. 306; Windscheid Bd. 2 § 459 Anm. 3. Anderer Ansicht Vangerow Bd. 3 § 678 S. 553.

6) l. 13 § 3 D. h. t. 39, 2.

7) R.G. Bd. 35 S. 123.

Digitized by Google

pflichtig ist der Eigenthümer der schadendrohenden Anlage. Der Eigenthümer leistet die Kaution durch einfaches Versprechen — nuda repromissio;[8] Dritte können für ihn eintreten, wenn sie Bürgen stellen — satisdatio. Wie der Eigenthümer wird der gutgläubige Besitzer behandelt.[9]

Kaution mit Bürgschaft müssen ferner leisten dinglich Berechtigte, insbesondere Superficiare, Nießbraucher, Pfandgläubiger, sofern sie Kenntniß davon haben, daß der Eigenthümer sich der Kautionsstellung entzieht.[10] Sonst fällt ihr Recht mit dem des Eigenthümers dahin.

3. Das Versprechen geht auf Ersatz des vollen Interesses des Stipulanten für den Fall des Einsturzes.[11]

Die Kaution ist für eine richterlich festzustellende Zeit zu versprechen. Je nach Umständen ist die Zeit später zu verlängern.[12]

4. Wurde die Kaution nicht gestellt, obgleich ihre Voraussetzungen vorhanden waren, so ertheilte in Rom der Prätor dem Bedrohten eine Einweisung in das schadendrohende Grundstück — s. g. missio ex primo decreto.[13] Dieselbe gewährte Aufenthalt im schadendrohenden Grundstück, Obhut, prätorisches Pfandrecht und das Recht der Reparatur.[14] Schließlich überwies der Prätor dem Eingewiesenen, wenn dieser keine Kaution und keinen Ersatz seiner Reparaturkosten erhielt, durch s. g. missio ex secundo decreto das Eigenthum der schadendrohenden Sache.[15] [16]

---

8) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10 D. h. t. 39, 2. Miteigenthümer sind nach ihren Eigenthumsantheilen verpflichtet, l. 40 § 3, l. 27 D. h. t. 39, 2.

9) l. 13 pr. D. h. t. 39, 2.

10) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10, l. 19 pr., l. 22 D. h. t. 39, 2.

11) l. 28, l. 29, l. 37 D. h. t.

12) l. 4 pr., l. 13 § 15, l. 14, l. 15 pr. § 1 D. h. t. 39, 2.

13) Die bezüglichen Edictsworte lauteten l. 7 pr. D. h. t. 39, 2: Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum justa causa esse videbitur. etiam possidere jubebo.

14) l. 15 § 30 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque culpam praestare exemplo ejus, qui pignori accepit. sed alio jure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.

15) l. 15 § 31 D. h. t. Nach klassischem Rechte erhielt der ex secundo decreto Immittirte nur Ersitzungsbesitz, l. 5 pr., l. 12, l. 15 §§ 16, 26, 27, l. 18 § 15 D. h. t. 39, 2. Er hatte indessen die Rechte des Eigenthümers, das „possidere jure dominii“, l. 7 § 1 D. de usu fructu 7. 1, l. 15 § 33 D. h. t. 39, 2 — und ist nach justinianischem Rechte geradezu als Eigenthümer zu bezeichnen.

16) Die Rechte dinglich Berechtigter gehen unter, wenn sie die Kaution nicht stellten, obgleich sie Kenntniß vom Begehren der Kaution gegenüber dem Eigenthümer hatten. Hat der Nachbar den Emphyteuta zur Kautionsstellung aufgefordert, nicht aber den Grundeigenthümer, so erfolgt Einweisung und Uebertragung des emphyteutischen Rechtes. Die l. 15 § 26 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Emphyteuta aus; der Superficiar ist gleichzustellen, da auch er eine eigenthumsähnliche Stellung

Digitized by Google

Der C.P.O. sind derartige Missionen fremd. Daher klagt und verurtheilt man in der gemeinrechtlichen Praxis meist einfach auf Stellung der Kaution — der Beklagte kann aber die Verurtheilung durch Ueberlassung der schadendrohenden Sache an den Kläger abwenden. Dies entspricht freilich den römischen Rechtssätzen nur approximativ.[17] [18]

5. Stürzt das schadendrohende Gebäude ein, nachdem Kaution zwar nicht gestellt, aber gefordert war, so hat der Beklagte schlechthin Schadensersatz zu leisten.[19]

Stürzt es ein ehe die Kaution begehrt war, so hat der Beschädigte keine Ansprüche.[20] Liegt ihm aber keine Nachlässigkeit zur Last, sondern war er z. B. durch Abwesenheit, Kürze der Zeit — verhindert, die Kaution zu begehren oder war die Gefahr nicht erkennbar, so muß der Nachbar entweder den Schaden ersetzen oder sein Gebäude abtreten.[21]

§ 232. c) Actio aquae pluviae arcendae.[1]

I. Bezüglich des Abflusses des Regenwassers kann der einzelne Grundbesitzer auf seinem Grundstücke nicht frei schalten. Wäre Jedem gestattet, beliebig Dämme aufzuschütten oder Gräben zu ziehen, um einseitig die Interessen seines Grundstückes zu fördern, so könnte daraus

---

hat. Es ist aber unzulässig, daß der Bedrohte unter Uebergehung des Grundeigenthümers andere dinglich Berechtigte, insbesondere den Nießbraucher oder Pfandgläubiger, zur Kautionsstellung auffordert und, wenn diese sie verweigern, Einweisung in die schadendrohende Sache und Uebertragung ihres Rechtes erlangt, wie dies allerdings Windscheid Bd. 2 § 459 Anm. 27 annimmt. Soll dies etwa auch gegenüber einem Hypothekar gelten? vgl. Burckhard S. 344.

17) Man streitet darüber, in welchem Maße die römischen Bestimmungen im gemeinen Recht anwendbar sind. Eine möglichst treue Nachbildung versuchte Burckhard a. a. O. S. 641. Aber die Weise des Verfahrens, die er S. 662 entwickelt, ist prozessualisch nicht haltbar, denn Urtheil und Vollstreckungsverfahren müssen in Uebereinstimmung stehen. Im Wege der einstweiligen Verfügung kann Einweisung des Bedrohten behufs Vornahme der Reparaturen geschehen, sowie das Bedürfniß hervortritt. C.P.O. § 940.

18) Mehr an das römische Recht schließt man sich an, wenn man verlangt, daß die Klage alternativ auf Kautionsleistung oder Eigenthumsabtretung lautet und ebenso das Urtheil. Hellmann, missio in possessionem in den Festgaben für Planck S. 270. Vgl. auch Ubbelohde bei Glück Buch 43 u. 44 Th. 3 S. 232.

19) l. 15 § 28 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Fall aus, daß der Prätor de danda stipulatione deliberat. Dies ist, so wie im Texte geschieht, auf das gemeinrechtliche Verfahren zu übertragen.

20) l. 6 D. h. t. 39, 2.

21) l. 7 § 2 D. h. t. gemäß der Einschränkung in l. 8. — l. 9 pr. § 1 D. h. t. Auch im Falle der l. 9 cit. § 3 „si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit“ liegt keine Nachlässigkeit der Beschädigten vor.

1) Tit. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3. Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Theil 3. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die bisherige Litteratur. B.G.B. überläßt die Materie den Landesgesetzen.

Digitized by Google

Versumpfung oder Ruin der Nachbargrundstücke, ja Verpestung der ganzen Gegend folgen. Dem zu begegnen lag den Römern in Latium besonders nahe, da dieses nur durch intensiven Anbau und Regelung der Wasserläufe kulturfähig war.[2] Die Norm für den Abfluß des Regenwassers giebt: die natürliche Lage der Feldgrundstücke, ferner das Ortsrecht — lex — und die unvordenkliche Zeit, welche künstliche Anlagen sanktionirt.[3]

Zur Abwehr des durch Regenwasser Feldgrundstücken[4] in Folge normwidriger Anlagen drohenden Schadens dient die actio aquae pluviae arcendae.[5] Sie hat eine doppelte Richtung:

a) Sie schützt den Eigenthümer des niedriger belegenen Grundstückes. Er tritt mit ihr Anlagen entgegen, welche den Abfluß des Regenwassers vom höher gelegenen Grundstücke zu seinem Nachtheile verändern, mögen sie nun den Abfluß steigern oder ihn koncentriren oder ihn verbreitern.[6] Die Abwehr des vom höher belegenen Grundstücke herabfließenden Regenwassers gab der Klage den Namen.[7]

Schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechtes, wie sie sich durch die klassischen Juristen entwickelten, hat der Nachbar außerordentliche Immissionen von Wasser nicht zu dulden und hat gegen sie

---

2) Schon die 12 Tafeln trafen Bestimmungen „si aqua pluvia nocet", l. 21 pr. D. de statuliberis 40, 7, vgl. Cic. Topica 9, 39, l. 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Burckhard a. a. O. S. 49.

3) l. 2 pr. D. h. t. 39, 3. Paulus libro 49 ad edictum: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habetur minuendarum scilicet litium causa. l. 1 § 23 D. eod. Die lex war im Sinne des römischen Rechtes die bei Gründung der Kolonie getroffene Anordnung, vgl. Burckhard a. a. O. S. 355. In Deutschland stehen an Stelle dessen lokale Gewohnheiten. Ferner sind die bei Separationen seitens der Auseinandersetzungsbehörden in Bezug auf den Wasserabfluß getroffenen Anordnungen gleichzustellen.

4) l. 1 §§ 17, 20 D. h. t. 39, 3. Burckhard a. a. O. S. 258, vgl. auch Burckhard S. 275 ff. Wegen Anlagen in publico, d. h. auf Grundstücken des Staates, wurde in Rom die a. aquae pluviae nicht gegeben, l. 3 § 3. l. 18 pr. D. h. t., Burckhard S. 200. Dies ist nicht heutigen Rechtens, denn der Staat ist derzeit wie Private bezüglich seines Eigenthumes verklagbar.

5) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur: totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit. quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur.

6) Anders wenn eine Servitut eingeräumt ist, wonach der Nachbar das Regenwasser vom Nachbargrundstücke über das normale Maß hinaus aufnehmen oder sich gegen dasselbe decken darf, l. 2 § 10 D. h. t. 39, 3, l. 29 D. de serv. pr. r. 8, 3. Eine einseitige Verstattung, die nicht als Servitut gemeint ist, bindet die Singularsuccessoren des Verstattenden nicht l. 19, l. 20 D. h. t.; vgl. Burckhard a. a. O. S. 346.

7) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3, abgedruckt oben Anm. 5, l. 1 § 10 D. eod.

Digitized by Google

die actio negatoria. Die actio aquae pluviae arcendae hat aber den Vorzug, daß sie nicht bloß Immissionen entgegentritt, sondern auch die Drohung der Immission beseitigt.

b) Die Klage schützt weiter den Eigenthümer des höher belegenen Grundstückes. Sie nöthigt den Eigenthümer des niedriger belegenen, das Regenwasser in herkömmlicher Weise aufzunehmen, hindert ihn also, sich gegen dasselbe durch Dämme oder in anderer Weise zu decken. Dies gilt wie für wild abfließendes Tagewasser, so für Wasserläufe in festen Gerinnen.

Die Pflicht der Aufnahme des vom höher belegenen Grundstücke ablaufenden Wassers bildet eine Art gesetzlicher Servitut zu Gunsten desselben.[8]

Es besteht aber nur eine Pflicht des niedriger belegenen Grundstückes zur Aufnahme des Wassers, kein Recht auf die Zuleitung.[9]

II. Das Einzelne der Klage ist folgendes:

1. Sie richtet sich — dies ist der ursprüngliche und Hauptfall — gegen Werke durch Menschenhand — opus manu factum — mögen sie nun in Neuanlagen[10] oder in Beseitigung von statutgemäßen oder unvordenklichen Anlagen[11] bestehen.[12] Gewöhnliche der Fruchtziehung dienende Handlungen und Anlagen sind nicht betroffen.[13]

Eine wichtige, aber natürliche Erweiterung bildete die Gewährung der Klage gegen Veränderungen des Bodens, die nicht durch Menschenhand erfolgten, z. B. im Falle der Verschlämmung der Abzugsgräben, Aushöhlung des Bodens durch Wasserstürze.[14]

2. Die Klage dient auch in den Fällen, in welchen das Regenwasser vermischt mit anderem Wasser, also Quell-, Sumpf-, Flußwasser dahinfließt.[15]

3. Die Klage bezweckt Wiederherstellung des früheren Bodenzustandes — Restitution — und damit Abwendung des dem Kläger drohenden Schadens.

---

8) l. 1 § 23, l. 2 D. h. t. 39, 3.

9) l. 1 §§ 11, 21 D. h. t. 39, 3. Wenn uns jedoch ein Graben seit unvordenklicher Zeit Wasser zuleitet, so schützt die Unvordenklichkeit den Wassergenuß, l. 6, l. 7 C. de servit. 3, 34. Burckhard a. a. O. S. 248, Regelsberger Bd. 1 § 112 Anm. 2. Vgl. freilich R.G. Bd. 17 S. 121.

10) Es gehören hierher Aufhäufung, Aushöhlung, Planirung des Bodens, l. 3 § 2 D. h. t. 39, 3, bauliche Anlagen, l. 4 pr. D. eod., auch bewegliche Anlagen, z. B. Aufhäufung von Steinen, Burckhard a. a. O. S. 191. Es ist also nichts Wesentliches, daß dem Grundstücke selbst eine andere Gestalt gegeben wird.

11) l. 1 § 23 D. h. t. 39, 3.

12) Nicht nothwendig ist, daß die Anlage zum Zweck der Aenderung des Laufs des Wassers geschah. Es genügt, daß sie diesen Erfolg hat. R.G. Bd. 25 S. 165.

13) l. 1 §§ 3—9, 15 D. h. t. 39, 3. Vgl. über das opus agri colendi causa factum Burckhard a. a. O. S. 377. Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 250 drückt sich so aus: „erlaubt sind Handlungen, welche von Landwirthen Jahr aus, Jahr ein zu wirthschaftlichen Zwecken vorgenommen werden".

14) l. 3 §§ 1, 2, 4, 5, 6, 7, l. 14 § 1 D. h. t. 39, 3. Burckhard a. a. O. S. 573.

15) l. 1 pr. D. h. t. 39, 3.

Digitized by Google

Nur Ersatz des nach dem Prozeßbeginne entstandenen Schadens kann mit dieser Klage in Anspruch genommen werden.[16]

4. Klageberechtigt ist der Eigenthümer des bedrohten Grundstückes und zwar zur Zeit des Prozeßbeginnes,[17] desgleichen der gutgläubige Besitzer,[18] der Emphyteuta,[19] der Nießbraucher,[20] wohl auch der Pfandgläubiger.[21] Im Falle des Miteigenthums ist jeder der Theilnehmer selbständig zur Klage legitimirt.[22]

Die Person des Beklagten bestimmt sich durch das Eigenthum an dem Grundstücke, in welchem sich die schädliche Anlage befindet.[23] Aber auch gegen den Usufruktuar, welcher die Anlage machte, wurde die Klage zugestanden.[24] Auch der Emphyteuta[25] und selbst ein bloßer Besitzer muß für passiv legitimirt gelten. Jeder der Miteigenthümer des Grundstückes kann belangt werden.[26]

Es macht einen erheblichen Unterschied bezüglich des Umfanges der Verurtheilung, ob der Beklagte der *Urheber* der schädlichen Anlage, oder ob dies nicht der Fall ist. Im ersteren Falle ist die Anlage auf *Kosten des Beklagten*, im zweiten auf *Kosten des Klägers* zu beseitigen, so daß der Beklagte in diesem Falle die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur zu dulden hat.[27]

---

16) l. 6 § 6 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Officium autem judicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit: quod si ante litem contestatam damnum contigit. tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet; vgl. l. 11 §§ 3 und 4 D. eod., Burckhard a. a. O. S. 445. Ob man für den früheren Schaden Ersatz fordern kann, ist danach zu beurtheilen, ob die Voraussetzungen des interdictum quod vi aut clam — l. 14 D. h. t. — vorliegen, oder eine cautio damni infecti gestellt ist oder andere Rechtsmittel offen stehen. Eine Verbindung der Ansprüche ist im heutigen Prozesse nicht unzulässig. Windscheid Bd. 2 § 473 Anm. 14; Budde, Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 7, 52.

17) l. 6 § 4 D. h. t. 39, 3. Im Falle des Wechsels des Eigenthumes zwischen der Errichtung des Werkes und der Klageerhebung ist nicht der frühere, sondern der gegenwärtige Eigenthümer klageberechtigt.

18) Besondere Quellenzeugnisse finden sich freilich nicht.

19) l. 5 § 2 D. arbor. furtim caes. 47, 7.

20) In l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3 spricht Ulpian dem Usufruktuar die Klage ab. Aber Pomponius giebt ihm doch in der l. 22 pr. D. eod. eine „utilis" aquae pluviae arcendae actio. — Auch dem Wegeberechtigten gewährt l. 25 D. eod. Julianus libro ex Minucio die Klage „fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur".

21) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 391; dagegen Burckhard a. a. O. S. 399.

22) l. 6 §§ 1—3, l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3. Ubbelohde, untheilbare Obligationen S. 196 ff.

23) l. 4 pr. § 2, l. 18 pr., l. 22 D. h. t. 39, 3.

24) Anders Ulpian in l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3; dagegen aber l. 22 § 2 D. h. t.

25) l. 23 § 1 D. h. t. 39, 3.

26) l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3.

27) l. 6 § 7 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius, qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere. Vgl. weiter l. 7 D. eod.

Digitized by Google

§ 233. d) Die operis novi nuntiatio.[1]

Ein Bau, gegen den wir ein Verbietungsrecht haben, der aber unternommen und vollendet wird, ehe es gelingt, unser Recht zu rechtskräftiger gerichtlicher Anerkennung zu bringen, kann uns in der Zwischenzeit erhebliche Nachtheile verursachen. Er verdunkelt z. B. unsere Fenster und macht unsere Wohnungen unbrauchbar, so daß gute und zuverlässige Miether ausziehen, oder er nimmt uns längere Zeit die Aussicht und damit Lebensannehmlichkeit, oder endlich er stürzt ein und beschädigt Objekte und Personen. Ob für dies alles vom Bauenden später Ersatz zu erlangen ist, steht dahin.

Um sich zu schützen, auch ehe das jus prohibendi liquid gestellt war, kannten die Römer ein privates Bauverbot: operis novi nuntiatio, welches dem unternommenen Bau Stillstand gebot. Die Nuntiation belegte den Bau in der Art mit einem Banne, daß das trotzdem Gebaute wieder zerstört wurde, ohne Rücksicht darauf, ob der Bau materiell mit Recht oder Unrecht in das Werk gesetzt war.[2]

Gemeinrechtlich und nach B.G.B. sind einstweilige gerichtliche Verfügungen an die Stelle der römischen Nuntiation getreten. Doch sind die Grundzüge des eigenartigen Institutes hier darzustellen.

1. Zur formellen Gültigkeit der Nuntiation wird folgendes gefordert:

a) Es muß ein Bau unternommen, aber noch nicht beendet sein. Denn nur gegen *entstehende*, aber nicht gegen *vollendete* Bauwerke richtet sich das Bauverbot.[3] Und zwar muß es sich um die Errichtung oder die Erweiterung oder das Niederreißen eines Baues handeln, der mit dem Boden verbunden ist. Reparaturen, sowie Veränderungen im Innern des Gebäudes, welche dessen äußere Gestalt nicht wesentlich ändern, begründen das Bauverbot nicht.[4]

b) Das Bauverbot muß dem *Baue gegenüber* — in re praesenti — er-

1) Tit. Dig. de operis novi nuntiatione 39, 1, de remissionibus 43, 25, l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 (früher: l. un. C. de novi operis nuntiatione 8, 11). Die Hauptwerke sind von Stölzel, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam 1865 und von Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Theil 1; dazu Brinz in der Münchener Vierteljahrsschrift Bd. 17 S. 244 ff. Stölzel giebt S. 5 eine umfassende Aufzählung der früheren Litteratur, vgl. hierzu Burckhard S. 1 Anm. 1. Unter den Abhandlungen sind hervorzuheben: G. Hasse im rheinischen Museum Bd. 3 S. 579 ff.; Franke im Archiv für civ. Praxis Bd. 72 n. 14 § 4; Karlowa, Beiträge zum römischen Civilprozeß Abh. 1 S. 19 ff.; Schmidt von Ilmenau in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 2; Stölzel in Iherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 6; Beling, die gemeinrechtliche Geltung der operis novi nunciatio, Breslauer Jn.Diss. 1890, Vaturi, dell' operis novi nunciatio im archivio giuridico Bd. 49 S. 499. B.G.B. hat das Rechtsinstitut beseitigt.

2) l. 1 pr. D. h. t. 39, 1.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 1.

4) l. 1 §§ 11, 12, 13 D. h. t. 39, 1. Es kommt nichts darauf an, ob das Gebäude in der Stadt oder auf dem Lande errichtet werden soll, l. 1 § 14 D. h. t. 39, 1.

Digitized by Google

folgen, dem es Stillstand gebietet;[5] an anderen Orten eingelegt, ist es ungültig.[6] Es kann beim Baue Jedem gegenüber ausgesprochen werden, welcher für den Bau da ist oder dem Hausstande des Bauherrn angehört, also nicht bloß dem Bauherrn selbst, sondern auch Maurern, Zimmerleuten, ferner der Frau, dem Dienstpersonal des Bauherrn. Diese Personen müssen im Stande sein, das Verbot dem Bauherrn zu melden. Ob dies aber geschah, ob er Kenntniß von dem Verbote erhielt, kommt nicht in Betracht.[7] Das Bauverbot bindet auch, wenn der Bauherr abwesend, geisteskrank oder ein Kind ist und es nicht zur Kunde seines Vormundes kommt.[8]

c) Die Nuntiation ist nur gültig, wenn sie von dem zu ihrer Einlegung Legitimirten geschah. In dieser Hinsicht ist der Grund und Zweck wichtig, welchen man mit dem Bauverbot verfolgt. Er kann ein dreifacher sein.[9]

Vor allem bezweckt es den Schutz privaten Rechts — juris nostri conservandi causa —, nämlich entweder die Wahrung der Freiheit des Eigenthumes[10] oder eines Nachbarrechtes, oder einer Servitut des Habens oder des Verbietens.[11] Auf diesen Grund hin ist der Eigenthümer,[12] der Superficiar,[13] der Pfandgläubiger[14] des angeblich geschädigten Grundstückes zur Nuntiation legitimirt.

Die Nuntiation dient ferner zur Erzwingung einer cautio damni infecti — als o. n. n. damni depellendi causa. Sie steht Jedem offen, der Anspruch auf solche Kaution einem Unternehmen gegenüber hat.[15]

Es kann endlich jeder Bürger juris publici tuendi gratia nuntiiren zur Wahrung der im öffentlichen Interesse erlassenen Bauordnungen und zum Schutze des Gemeingebrauches an öffentlichen Sachen.[16]

2. Die formell gültige Nuntiation kann aus verschiedenen Gründen kraftlos werden.

a) Der Prätor kann sie denegiren. Dies geschieht namentlich, wenn der Nuntiant das von ihm geforderte juramentum calumniae nicht ausschwört, oder wenn sonst das Verbot offenbar chikanös ist.[17]

---

5) l. 5 § 3 D. h. t. 39, 1. Es muß, wie Hasse S. 588 bemerkt, Jemand zugegen sein, „durch dessen Ohren gleichsam das Werk selbst das Verbot vernimmt".

6) l. 5 § 4 D. h. t. 39, 1, l. 10 D. eod.

7) l. 1 § 5 D. h. t. 39, 1.

8) l. 10 D. h. t. 39, 1.

9) l. 5 § 9, l. 1 § 16 D. h. t. 39, 1.

10) l. 5 § 9 D. h. t. 39, 1. Hasse a. a. O. S. 591; Burckhard S. 59.

11) Die Quellen verstatten die operis novi nuntiatio ausdrücklich zum Schutze von Aussichtsgerechtigkeiten, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1, l. 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2 und der servitus oneris ferendi, l. 6 § 7 D. si serv. vind. 8, 5; sie versagen die o. n. n. bei der Wegegerechtigkeit, l. 14 D. h. t. 39, 1. Hieraus ergiebt sich das Princip des Textes; Burckhard a. a. O. S. 70.

12) Ueber die Nuntiation der Miteigenthümer vgl. l. 3 §§ 1 und 2 D. h. t., oben § 196 Anm. 13.

13) l. 3 § 3 D. h. t. 39, 1. Ohne Zweifel stand der Emphyteuta dem Superficiar gleich. Nießbraucher hatten die o. n. n. aus eigenem Rechte nicht; doch waren die römischen Juristen hierüber nicht einig, vgl. l. 1 § 20, l. 2 D. h. t. 39, 1, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25.

14) l. 1 § 5 D. de remissionibus 43, 25.

15) l. 1 §§ 17, 19 D. h. t. 39, 1.

16) l. 1 § 17, l. 3 § 4, l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1.

17) In Folge der Nuntiation wendete sich der Nuntiat begreiflich sehr häufig

Digitized by Google

b) Es erfolgt Remiſſion der formell gültigen Nuntiation durch den Prätor, wenn der Nuntiat Kaution — in der Regel Satisdation — ſtellt oder doch gehörig anbietet.[18] Ihr Inhalt iſt, daß er ſich zur Reſtitution des Gebauten oder zur Geldentſchädigung nach Wahl des Nuntianten verpflichtet, ſofern dieſer ſein Verbietungsrecht gerichtlich erhärtet.[19]

c) Der Remiſſion ſteht die außergerichtliche[20] Leiſtung oder das ge-

---

beſchwerend an den Prätor, l. 1 § 9 D. h. t. 39, 1. Man betrachtete das Verfahren vor ihm geradezu als eine Fortſetzung der Nuntiation. Daß der Prätor die Nuntiation unter Umſtänden denegirte, ergiebt l. 19 D. h. t. 39, 1. Paulus libro quaestionum: Sciendum est denegata exsecutione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat. Hauptfall der Denegation war jedenfalls Verweigerung des juramentum calumniae, l. 5 § 14 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 52 ad edictum: Qui opus novum nuntiat, jurare debet non calumniae causa opus novum nuntiare. Manche verlegen das juramentum calumniae erſt in das Verfahren über das interdictum demolitorium. Dies offenbar mit Unrecht. Es handelt ſich um einen Akt, der beim Nuntiationsverfahren ſelbſt vorkommt. Daß die Folge des verweigerten juramentum calumniae Denegation und nicht Remiſſion iſt, ergiebt das Remiſſionsformular, da dieſes die Nuntiation bedingt aufrecht erhält, was im Falle der Chikane ganz unſtatthaft wäre. Dagegen Beling a. a. O. S. 12.

18) Ueber die Vorausſetzungen der Remiſſion gehen die Meinungen ſehr auseinander. Das Richtige hat Schmidt a. a. O. S. 17 gefunden und Burckhard weiter ausgeführt. Die Remiſſion erfolgt — bei der o. n. n. juris nostri conservandi gratia — in Folge gehöriger Satisdation. Hiermit ſind auch Brinz Bd. 1 S. 705 und Lenel, edictum S. 488 Anm. 7 einverſtanden. Bewieſen wird dieſe Auffaſſung dadurch, daß die römiſchen Juriſten die Satisdation allein als regelmäßige Löſung des Bannes der o. n. n. anſehen, ſowie dadurch, daß ſie die Satisdation als nothwendige Begleitung der Remiſſion darſtellen. l. 7 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Ait Julianus: qui ante remissionem nuntiationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno, quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. remissione autem facta intellegendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei, qui satis dederit, cum possessor hoc ipso constituatur. — Sehr häufig findet ſich die Meinung, die Remiſſion ſei ertheilt worden „für den Fall, daß der Nuntiant nicht binnen einer vom Richter zu beſtimmenden kurzen Friſt den Prozeß auf Anerkennung ſeines Einſpruchsrechtes erhebt". So namentlich noch jetzt Windſcheid Bd. 2 § 466 Anm. 9. Aehnlich Haſſe S. 615 ff.; Francke a. a. O. S. 376 und in eigener Art Stölzel S. 166. Für die Hypotheſe „einer ſolchen vom Richter zu beſtimmenden kurzen Friſt" exiſtirt auch nicht der Schein eines Quellenbeweiſes und es findet ſich auch keine Analogie einer derartigen Prozedur im klaſſiſchen Rechte der Römer. Sie iſt haltlos. Sie ſtimmt auch nicht mit der von Windſcheid § 466 Anm. 17 anerkannten Thatſache, daß in der klaſſiſchen Zeit die Wirkung des Verbotes in einem Jahre erloſch, worin ein genügendes rechtliches Kompelle für den Nuntianten lag, ſein Verbietungsrecht baldigſt zur richterlichen Anerkennung zu bringen. — Das dem Nuntiaten günſtige Remiſſionserkenntniß lautete übrigens nach l. 1 pr. D. de remissionibus 43, 25 quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio. Es wird alſo zwar der formelle Bann aufgehoben, aber die Drohung der Demolition für den Fall feſtgehalten, daß der Nuntiant materiell das Recht hat, den Bau zu verbieten.

19) Ueber den Inhalt der cautio ex operis novi nuntiatione vgl. die Ausführung von Lenel, edictum perpetuum S. 431. Es wurde eine Zeitgrenze feſtgeſtellt, innerhalb deren der Nuntiat das Judikat zu erwirken hatte, vgl. l. 13 § 1 D. h. t.

20) l. 5 § 17 D. h. t. 39, 1.

Digitized by Google

hörige außergerichtliche Angebot entsprechender Satisdation zur Restitution oder Geldentschädigung gleich.[21]

d) Der Bann wird ferner dadurch aufgehoben, daß der Nuntiant stirbt oder das Grundstück veräußert, zu dessen Gunsten das Verbot erfolgte.[22] Es erledigt sich auch durch Verzicht des Nuntianten.[23][24]

3. Wird entgegen der formell gültigen Nuntiation weiter gebaut, ohne daß Remission oder ein sonstiger Befreiungsgrund eintrat, so kann der Nuntiant die Zerstörung des Gebauten mit dem s. g. interdictum demolitorium fordern.[25]

Der Kläger hat bei diesem Interdikt darzulegen, daß von ihm eine formell gültige Nuntiation eingelegt ist. Hierbei hat er namentlich auch nachzuweisen, daß er Eigenthümer des Grundstücks ist, für welches das Verbot eingelegt wurde, oder daß er sonst zu dem Verbote legitimirt war.[26]

Der Nuntiat seinerseits kann darthun, daß er Remission des Verbotes erhielt oder Satisdation stellte oder sonst durch die Nuntiation nicht gebunden ist. Das letztere ist unter anderem der Fall, wenn die schleunige Fortsetzung des Baues im öffentlichen Interesse lag, oder wenn dessen Unterbrechung mit Gefahr verbunden war.[27]

Dagegen wird der Nuntiat gegen die Zerstörung nicht dadurch geschützt, daß er ein Recht zum Bauen hatte, z. B. in Folge einer Servitut.[28] Nur im Wege des petitorischen Prozesses kann er dies Recht nachträglich zur Geltung bringen. Wäre

---

21) Hat der Nuntiat die erforderte Kaution gerichtlich oder außergerichtlich geleistet, so wird er durch prohibitorisches Interdikt gegen Behinderung im Bauen geschützt. Hieraus erklärt sich der Ausspruch Ulpians libro 52 ad edictum l. 1 § 6 D. eod. In operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus. Dies verfolgt Ulpian weiter l. 5 § 10 D. eod.

22) l. 8 § 6 D. h. t. 39, 1.

23) l. 1 § 10 D. h. t. 39, 1.

24) In der klassischen Zeit dauerte der Bann, welchen die Nuntiation auflegte, nur ein Jahr, so daß der Nuntiant genöthigt war, innerhalb des Jahres sein Verbietungsrecht zur richterlichen Anerkennung zu bringen. Dies kam namentlich dem Nuntiaten zu gute, welcher nicht im Stande war, sich durch Stellung einer Bürgschaft die Freiheit des Bauens zu sichern. Doch war es bestritten, ob das Verbot nach Ablauf des Jahres erneuert werden dürfe. Justinian hob in der l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 — l. un. C. 8, 11 — die Beschränkung des Bauverbotes auf ein Jahr auf. Er glaubte einen Ersatz durch die Vorschrift zu geben, daß die Bauprozesse, wenn eine operis novi nuntiatio eingelegt sei, schleunigst behandelt und innerhalb 3 Monate erledigt werden sollten. Im Wesentlichen dürfte die l. 14 C. cit. nichts Anderes besagen. Keinesfalls hat sie das Recht des Nuntiaten, gegen Bürgenstellung sofortige Remission zu erlangen, beseitigt. So auch Brinz Bd. 1 § 174 S. 705. Doch gehen die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Burckhard S. 523, Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 S. 222 ff.

25) Das Interdikt lautete nach l. 20 pr. D. h. t. 39, 1: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.

26) Nuntiation seitens eines Nichtlegitimirten ist keine Nuntiation im Sinne des Ediktes. Daher untersuchen die Juristen, wer „nuntiare potest", l. 1 §§ 19 und 20, l. 2, l. 3 § 4, l. 5 § 1 D. h. t. 39, 1. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 62.

27) Dies hatte das prätorische Edikt festgestellt, l. 5 §§ 12, 13 D. h. t. 39, 1.

28) l. 20 § 1 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 71 ad edictum . . . qui igitur facit, et si jus faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur et ideo hoc destruere cogitur.

Digitized by Google

sein Baurecht aber bereits rechtskräftig anerkannt, so könnte er sich zweifelsohne gegenüber dem interdictum demolitorium auf das Judikat berufen.

Die Zerstörung kann nicht bloß gefordert werden, wenn der Nuntiat selbst den Bau errichtet, sondern auch dann, wenn ein Rechtsnachfolger desselben, z. B. ein Käufer, baute. Dies ohne Rücksicht darauf, ob der Bauende das Verbot kannte. Denn der Bann ist auf das Bauwerk selbst gelegt.[29] Beklagter ist der Besitzer. Doch nur wer wissentlich dem Verbote entgegenhandelte, hat die Kosten der Zerstörung zu tragen.[30]

4. Unbestritten ist, daß man in Deutschland bei Gefährdung durch Unternehmung eines Baues in der Regel einstweilige gerichtliche Verfügung nachsucht. Man bezeichnet herkömmlicherweise solche gerichtliche Verfügung als operis novi nuntiatio publica.

Aber streitig für das gemeine Recht war, ob daneben das römische Privatverbot noch zulässig sei. Kein Zweifel ist, daß man sich in der Praxis zu allen Zeiten auf einzelne Sätze des Nuntiationsrechtes bezogen hat. Dennoch ist das Institut als solches nicht recipirt worden.[31] Es ist dem Leben und der Praxis fremd geblieben. Es war selbstverständlich, daß es das B.G.B. nicht aufnahm.[32]

§ 234. e) Das interdictum quod vi aut clam.[1]

Das interdictum quod vi aut clam ist Deliktsklage wegen Eigenmacht. Es beruht also auf anderen Ausgangspunkten, als die

29) l. 23 D. h. t. 39, 1.

30) Vgl. l. 23 D. h. t. 39, 1 und l. 3 § 3 D. de alienatione judicii 4, 7, siehe hierüber Bangerow Bd. 3 § 676 S. 535. Die Meinungen sind, da das Quellenmaterial lückenhaft ist, sehr getheilt; vgl. Burckhard a. a. O. S. 196.

31) Stölzel a. a. O. S. 525 hebt mit Recht hervor, daß zwar die Praktiker aller Zeiten in zahllosen Fällen von einer o. n. n. reden, daß es sich aber für sie um ein Rechtsmittel handelte, welches von der römischen o. n. n. im eigentlichsten Sinne des Wortes nichts als den Namen an sich trug; vgl. auch das O.A.G. zu Berlin bei Seuffert Bd. 28 n. 134, Beling a. a. O. S. 28, Jakubezki zu dem Entwurfe e. bürgerlichen Gesetzbuchs 1892 S. 170. Die praktische Geltung der o. n. n. behaupteten namentlich Burckhard a. a. O. S. 573 und Windscheid Bd. 2 § 466 Anm. 20, welcher ein „abschaffendes Gewohnheitsrecht" nicht für nachgewiesen erachtet. Vgl. oben § 4 Anm. 6 und 7.

32) Einen Ersatz in gewisser Richtung gewährt § 907 B.G.B., wonach der Eigenthümer eines Grundstücks verlangen kann, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat.

1) Tit. Dig. quod vi aut clam 43, 24. Siehe namentlich Stölzel, operis novi nuntiatio und interdictum quod vi aut clam, und Stölzel in Iherings Jahrb. Bd. 8 n. 6. Vgl. ferner G. Hasse im rhein. Museum Bd. 4 n. 1, Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 22 n. 14, Schmidt — von Schwerin — in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 1 n. 7 und in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 25 ff., Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 433 ff., Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 59 ff.

Digitized by Google

operis novi nuntiatio. Aber es ist diesem Institute im praktischen Erfolge verwandt und wird daher zweckmäßigerweise im Anschluß an dasselbe behandelt.

Das Interdikt bezweckt die Beseitigung von Veränderungen an einem Grundstücke, die gegen Verbot eines Interessenten — vi — oder hinter seinem Rücken — clam — ausgeführt wurden.[2] Man sieht eine Mißachtung des Klägers darin, wenn der andere Theil so wichtige Verhältnisse eigenmächtig ohne Rücksicht auf ihn gestaltet, statt sie durch den Richter ordnen zu lassen. Diese Verletzung der Person des Klägers bildet den tieferen Grund seiner Klage.[3]

1. Um deswillen ist es nicht erforderlich, daß der Kläger ein Recht bezüglich der Sache hat; es genügt ein Verhältniß, durch das er interessirt ist.[4]

Das Interdikt steht daher nicht bloß Eigenthümern und dinglich Berechtigten und Eigenthumsbesitzern zu, sondern auch bloßen Forderungsberechtigten, wenn sie Besitz oder auch, wie der Pächter, bloße Detention in eigenem Interesse haben.[5]

Wer mit dem Interdikte klagt, muß seine Legitimation, d. h. das Verhältniß, auf das sich sein Interesse gründet, nachweisen. Sein Gegner kann sich nicht dadurch vertheidigen, daß er ein Recht zur Vornahme der fraglichen Handlung nachweist.[6] [7] Sein eigen-

2) Das Interdikt lautete nach l. 1 pr. D. h. t. 43, 24: quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas, nach id ist ausgefallen: si non plus quam annus est, vgl. Lenel, edictum S. 387.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: jubentur enim ea restituere; vgl. auch l. 1 § 2 D. eod. Den Deliktscharakter heben hervor l. 7 § 1, l. 14 D. eod., in l. 11 § 6 D. eod. wird die Klage auf Dolus zurückgeführt. Die Neueren legen auf den Deliktscharakter des Interdiktes wenig Gewicht. Unseres Erachtens giebt man damit den Schlüssel zu seinem Verständniß aus der Hand.

4) l. 11 § 14 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Idem Julianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.

5) l. 11 § 12 D. h. t. 43, 24 . . . nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere, si tamen precario sit in possessione, videamus, ne quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, jam interdicto uti possit. ergo et si conduxit multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit; vgl. l. 12, l. 19, l. 13 § 4 D. eod. Das Interdikt dient sogar zur Wahrung rein persönlicher Interessen. Insbesondere kann es derjenige erheben, dessen Bildsäule an einem öffentlichen Orte in der Gemeinde aufgestellt war, falls dieselbe von Dritten weggenommen wurde, l. 11 § 1 D. h. t. 43, 24.

6) l. 1 §§ 2, 3 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi an non: sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci. Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: „quod non jure meo receperim“ et magis est, ne

Digitized by Google

mächtiges Handeln wird vielmehr dadurch bestraft, daß der frühere Zustand ohne weiteres wieder hergestellt wird. Es bleibt ihm unbenommen, sein Recht in einem petitorischen Prozesse nachträglich zur Geltung zu bringen.

2. Es muß eine Veränderung an Grundstücken unternommen sein.[8] Eigenmacht bezüglich anderer Objekte, z. B. an Schiffen, kommt nicht in Betracht.[9]

Als erheblich gilt jede Veränderung am Boden, also Errichtung oder Demolirung oder Umbau von Bauwerken,[10] von Dämmen und Gräben,[11] Beseitigung von Bäumen, Zweigen, Weinstöcken,[12] und selbst Beackern des Bodens.[13] Nicht nothwendig ist, daß die Bodenfläche selbst eine Umgestaltung erleidet; auch Veränderungen auf dem Grundstücke genügen, z. B. Abladen von Steinen oder Erde,[14] Zerstörung von Düngerhaufen.[15] Die der regelmäßigen Fruchtgewinnung dienenden Maßregeln werden nicht betroffen.[16]

3. Die Veränderung muß mit Gewalt — vi — oder heimlich — clam — in das Werk gesetzt sein.

a) Grobe Gewalt ist nicht nothwendig. Handeln gegen Verbot — Prohibition — genügt. Das Verbot kann wörtlich oder thatsächlich eingelegt sein. Nach römischem Brauche wurde es genugsam durch einen Steinwurf ausgedrückt. Derartiges wäre bei uns unverständlich und bedeutungslos.[17]

b) Hinter dem Rücken des Interessirten — clam — handelt man, wenn man

possit: nam adversus vim vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest.

7) So Stölzel a. a. O. S. 378, 493, Windscheid Bd. 2 § 435 Anm. 6a, R.G. Bd. 28 S. 169, vgl. aber auch Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 n. 20. Grundsätzlicher Gegner ist Schmidt a. a. O. Vgl. auch Seuff. A. Bd. 48 n. 169 (oberstes L.G. für Bayern).

8) l. 1 § 4 D. h. t. 43, 24, l. 20 § 5 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum: Sive in privato sive in publico opus fiat sive in loco sacro sive in religioso, interdictum competit.

9) l. 20 § 4 D. h. t. 43, 24.

10) l. 7 § 9 D. h. t. 43, 24, l. 7 § 10 eod. Ulpianus libro 71 ad edictum: proinde et si tegulas de aedificio sustulerit, magis est ut interdicto teneatur.

11) l. 7 § 8 D. h. t.

12) l. 7 § 5, l. 9 pr., l. 11 § 3, l. 13 pr. §§ 4 und 7 D. h. t. 43, 24.

13) l. 22 § 1 D. h. t. 43, 24. Wurde jedoch der Acker verbessert, so ist das Interdikt nicht zuständig, l. 7 § 7 D. h. t.

14) l. 15 § 2 D. h. t. 43, 24.

15) l. 7 § 6 D. h. t. 43, 24. Dazu aber l. 9 § 3 D. eod.

16) l. 7 § 5 D. h. t. 43, 24.

17) l. 1 §§ 5 ff. D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Quid sit vi factum vel clam factum, videamus. vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio. Sed et si quis jactu vel minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt, eoque jure utimur. l. 20 § 1 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum . . . vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve jactantis prohibendi gratia.

Digitized by Google

seine Einsprache fürchtete oder zu fürchten Ursache hatte, und dennoch die Veränderung vornahm, ohne ihm deutliche und bestimmte Mittheilung zu machen.[18]

4. Es ist nicht Voraussetzung des Interdiktes, daß der Prohibent im Besitze war.[19]

Ist aber die Prohibition gegenüber einem Besitzstande zu beachten? Dies bejahen die meisten Neueren; aber entschieden mit Unrecht.[20]

Denn der Zweck des Interdiktes ist, unerlaubter Eigenmacht entgegenzutreten. Man darf sich nicht ertrotzen, was man im Rechtswege erstreiten soll. Wer aber nur seinen Besitz gegen fremde Antastung wahrt, begeht keine unerlaubte Eigenmacht. Das Interdikt ferner gilt als Deliktsklage. Sollte es aber Delikt sein, wenn man seinen Besitz trotz Widerstrebens eines Anderen ausübt, im eigenen Besitzthume Bäume schlägt, Steine abladet, den Boden pflügt? Gewiß nicht. Wer den Besitzer durch Wort oder That hindert, begeht einen Gewaltakt, nicht aber der Besitzer, welcher sich um unberechtigten Widerspruch nicht kümmert. Richtig ist, daß dies nicht so allgemein bei den Bedingungen des Interdiktes in den Quellen hervorgehoben ist. Es erschien eben als selbstverständlich. Doch fehlt es nicht an Aussprüchen der Quellen, wonach die Prohibition einem Besitzstande gegenüber kraftlos ist.[21]

---

18) l. 3 § 7 D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum: Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere, l. 3 § 8, l. 4 D. eod.

19) l. 16 pr. D. h. t. 43, 24. Paulus libro 67 ad edictum: Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest.

20) Stölzel führt a. a. O. S. 415 nach dem Vorgange von Franke im Archiv für civ. Praxis Bd. 22 S. 362 aus, daß das i. quod vi aut clam gegen den in suo Handelnden ausgeschlossen sei. Die meisten Neueren aber erklären sich gegen diese Ansicht. So Vangerow Bd. 3 § 677 S. 547; Windscheid Bd. 2 § 465 Anm. 18 S. 798; Brinz Bd. 1 S. 694. Man wendet ein, daß der Prätor allgemein edicirte: quod vi factum est, restituas, und daß die römischen Juristen dies z. B. l. 1 § 5 D. h. t. 43, 24 allgemein aussprächen. Es fragt sich nur immer, was sie unter „vi“ verstanden.

21) Die Römer gehen unbefangen davon aus, daß ein Handeln in alieno, d. h. an Grundstücken in fremdem Besitz unternommen sei, z. B. l. 11 § 3 D. h. t. 43, 24 si quis in vineas „meas“ venerit et inde ridicas abstulerit, hoc interdicto tenebitur, vgl. l. 15 § 1 D. eod. „in vicini projecit praedium“, l. 15 § 2 D. eod. „in sepulchro alieno“. Geradezu erklärt aber l. 7 § 2 D. eod. — abgedruckt oben § 233 Anm. 18 — „intellegendus non erit vi aut clam facere quamvis prohibeatur“ „cum possessor constituatur“. Hiernach erklärt dann Ulpianus libro 52 ad edictum in der vielcitirten l. 5 § 10 D. de o. n. n. 39, 1: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti. Man sollte denken, es sei hier deutlich genug gesagt, daß das i. quod vi aut clam gegenüber demjenigen,

Digitized by Google

5. Das Interdikt greift ferner nicht ein, wenn man in Nothständen eigenmächtig handelt, z. B. das Haus des Nachbars im Falle eines Brandes eigenmächtig niederreißt, um dem Feuer Einhalt zu thun. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß die Obrigkeit, welche das Feuerwesen leitet, nicht am Platze war.[22]

Die Eigenmacht ist endlich erlaubt in dringlichen Fällen, wenn sie nur beseitigt, was ein Anderer eigenmächtig vornahm.[23]

6. Der Widerspruch wirkt dauernd. Die durch ihn bewirkte Hemmung ist an keine Frist gebunden. Es findet keine Remission statt. Der Prohibirte muß klagen, um sein Recht zur Veränderung gerichtlich zur Anerkennung zu bringen.[24]

7. Die Klage bezweckt Beseitigung des eigenmächtig Hergestellten.[25] Der Urheber des Werkes hat deren Kosten zu tragen, wer bloß als Besitzer verklagt wird, hat nur die Zerstörung auf Kosten des Klägers zu dulden.[26] Der Urheber des Werks hat außerdem dem Kläger sein Interesse zu vergüten.[27]

welcher im Besitze ist, keine Kraft hat. In l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 Ulpianus libro 17 ad edictum wird die Zulässigkeit des i. quod vi aut clam gegenüber einem Bau auf Grund und Boden des Bauherrn darauf zurückgeführt, daß der Prohibirende Besitzer des von ihm prätendirten Rechtes ist, der prohibirte Eigenthümer also durch seinen Besitzstand nicht geschützt sei. Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Dies steht nicht im Gegensatze zu den oben angeführten Stellen, bildet vielmehr deren Ergänzung. Nicht das ist die Meinung, daß der Sachbesitzer schlechthin vom interdictum quod vi aut clam befreit ist, sondern das ist Rechtens, daß Niemand vi oder clam handelt, wenn er sich innerhalb der Grenzen seines Besitzes hält.

22) l. 7 § 4 D. h. t. 43, 24, vgl. oben § 125 Anm. 12.

23) l. 7 § 3, l. 22 § 2 D. h. t. 43, 24. Vgl. Stölzel a. a. O. S. 407, Duhn, über die exceptio quod vi aut clam im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 n. 3, Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 15 S. 407.

24) Nach l. 3 § 5 D. h. t. 43, 24 soll auch „desinere vi facere", wer „Satisdation" leistet und bereit ist, sich zu vertheidigen. Dies kann keinesfalls, wie die Neueren durchgängig annehmen, schlechthin gelten. Denn das hieße Jedem die Möglichkeit geben, sich fremden Besitz interimistisch gegen Kaution beliebig anzueignen. Ich fange z. B. an, meine Steine auf des Nachbars Grundstück abzuladen, welches in dessen unbestrittenem und freiem Besitze ist. Muß er dies dulden, wenn ich ihm Bürgschaft für den Schaden stelle? Dies wäre unerhört. Es steht auch im Widerspruch mit l. 5 § 10 D. de o. novi nunt. 39, 1 — oben Anm. 21 —, wonach man nur durch operis novi nuntiatio den Prohibirten zum Besitzer macht. Die l. 3 § 5 D. cit. ist also nur in besonderen Fällen anwendbar, in welchen keiner der Streitenden bisher im Besitze war.

25) Da es sich um eine Dolusklage handelt, greift das Interdikt nur ein, wenn der Handelnde das Verbot kannte. So l. 20 § 3 D. h. t. 43, 24. Paulus libro 13 ad Sabinum: Item si prohibiti heres vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem fecerit, dicendum esse Pomponius ait non incidere eum in interdictum. Anders bei der o. n. nuntiatio, vgl. § 233 Anm. 29.

26) l. 16 § 2 D. h. t. 43, 24 Paulus libro 67 ad edictum: In summa qui vi

Digitized by Google

Die Klage verjährt in einem annus utilis, von der Vollendung oder der Sistirung des eigenmächtig vorgenommenen Werkes an gerechnet.[28]

Dritter Abschnitt.

Die Servituten.

Erstes Kapitel.

Das Wesen der Servituten.

§ 235. Begriff und Haupteintheilung der Servituten.[1]

1. Servituten — Dienstbarkeiten — sind dingliche Rechte an fremden Sachen zur Benutzung derselben für die Zwecke bestimmter Grundstücke oder bestimmter Personen.

2. In Folge der Servitut tritt die belastete Sache in den Dienst der Interessen des Servitutberechtigten.[2] Sie dient denselben durch ihre physischen Eigenschaften.[3] Die Servitut nimmt also den Gebrauchswerth der Sache in Anspruch,[4] wie das Pfandrecht deren Tauschwerth. Die Nutzungen, um welche es sich handelt, sind je nach der Art der

---

aut clam fecit, si possidet — sc. opus — patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.

27) l. 15 §§ 7 ff. D. h. t. 43, 24.

28) l. 15 § 4 D. h. t. 43, 24.

1) Emil Hoffmann, die Lehre von den Servituten, Bd. 1, 1838, Bd. 2, 1843; Rudolf Elvers, die römische Servitutenlehre 1856; Oscar Schönemann, die Servituten 1866, Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, Arch. f. civ. Prax. Bd. 87 S. 157. Notizen über ältere Litteratur finden sich bei Schönemann, vgl. auch Hoffmann, Vorrede.

2) Servitus ist der römische Name sowohl für „Servitut" als für „Sklaverei". Beide „dienen" dem herrschenden Subjekt. Doch die rechtliche Natur derselben ist eine durchaus verschiedene. Anders Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 1; vgl. unsere früheren Auflagen.

3) Keller, Pandekten § 163 Anm. 4.

4) Das Recht auf Benutzung der Sache heben als charakteristisch hervor, Puchta, Pand. § 178 und Arndts § 175, so auch Schönemann a. a. O. S. 28; Keller, Pand. § 163 dagegen findet keinen specifischen Unterschied der Servituten von den übrigen jura in re. Auch Windscheids Definition sieht vom Rechte der Benutzung ab. Er findet das Charakteristische der Servitut im Gegensatz zum Pfandrecht darin, daß die Servitut den Eigenthümer nur beschränke, das Pfandrecht die Ermächtigung gebe, ihm sein Eigenthum zu entziehen. Elvers endlich definirt die Servitut als „rechtliche Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache", wobei er sich auf l. 17 D. de except. 44, 1 bezieht. Wie sticht dies doch ungünstig ab gegen die einfache und gesunde Begriffsbestimmung Puchtas!

Digitized by Google

Servitut verschieden. Bald gewährt die Servitut Früchte oder andere Produkte, bald Gebrauch, z. B. durch Gehen oder Fahren, bald bloß Licht und Aussicht, also die Befugniß, dem Nachbarn Aussicht benehmende Anlagen auf seinem Grundstücke zu verbieten. Liegt auch in solchem Verbietungsrechte ein Recht der Nutzung? Man verneint dies nicht selten und entfernt um deswillen aus der Definition der Servitut jede Beziehung auf deren materiellen Inhalt. Aber nützt man nicht auch Eigenschaften des Nachbargrundstückes, wenn es Licht und Aussicht gewährt? [5]

3. Die Interessen, in deren Dienst die belastete Sache gestellt wird, sind andere bei den Grunddienstbarkeiten — Prädialservituten — als bei den persönlichen Dienstbarkeiten — den Personalservituten.

a) Die Prädialservituten sind der Förderung der Nutzbarkeit des herrschenden Grundstückes bestimmt. Das einzelne Grundstück ist in seiner Isolirung oft nicht ausreichend ausnutzbar. Es bedarf z. B. eines Weges, um zugänglich, des Wassers, um fruchtbar, des freien Lichtes, um bewohnbar oder gesund und angenehm zu sein. Dann findet es durch eine Prädialservitut in dauernder Weise die erforderliche Ergänzung.

Nicht selten ist der Nachtheil, welchen die Servitut dem dienenden Grundstücke zufügt, weit geringer, als der Vortheil, den sie dem herrschenden Grundstücke bringt. Hierauf beruht der volkswirthschaftliche Nutzen der Grundgerechtigkeiten. Unter solchen Umständen einigen die Nachbarn über ihre Begründung sich leicht. Aber freilich kann sich dies im Laufe der Zeiten ändern. Belastungen, die nach der früheren Weise der Bewirthschaftung kaum empfunden wurden, können dem Uebergang zu neuen Wirthschaftsformen entgegentreten, welche für den Eigenthümer vortheilhaft oder nothwendig sind. Dann werden sie zur Hemmniß gesunden Fortschritts und zum wirthschaftlichen Schaden. Der Art verhielt es sich mit den Weidegerechtigkeiten des früheren deutschen Rechtes, die neben der seit alters hergebrachten Dreifelderwirthschaft kaum fühlbar, bei dem nothwendigen Uebergange zu intensiver Kultur des Lands unerträglich wurden. Eine Weggerechtigkeit ferner an einem landwirthschaftlichen Grundstücke ist oft wenig fühlbar, wird das Grundstück aber in Folge der Erweiterung der nahen Stadt Bauterrain, so kann sie höchst lästig werden, da sie seine Besetzung mit Gebäuden hindert.

5) Keller, Pandekten § 163. Auch Buchholtz, Versuche 1831 S. 157 findet die Anwendung des Wortes „benutzen" auf negative Servituten „gegen den Genius der Sprache". Hiergegen bemerkt Elvers a. a. O. S. 32: „benutzen heißt Nutzen ziehen, und dies kann man auch durch den passiven Zustand, in dem ein Anderer eine schädliche Handlung nicht vornehmen darf".

Digitized by Google

b) Die Personalservituten haben den Zweck, einer bestimmten Person für ihre Lebenszeit eine Sustentation zu gewähren, insbesondere ihr eine lebenslängliche periodische Einnahme zu verschaffen. Das Kapital soll also voll und ganz beim Eigenthümer bleiben, der Ertrag aber ganz oder theilweise dem Servitutberechtigten zustehen.

Die Verschiedenheit der wirthschaftlichen Ziele von Prädial- und Personalservituten mußte zu verschiedener Rechtsgestaltung führen. Namentlich machte sich geltend, daß es sich bei der Prädialservitut um dauernde reale Beziehungen, bei der Personalservitut um vergängliche persönliche Verhältnisse handelt.

Dennoch ist eine Gemeinsamkeit unverkennbar. Sie liegt darin, daß die Personal- wie die Prädialservituten die Nutzung der fremden Sache in der Rechtsform des dinglichen Rechtes in Anspruch nehmen. Um deswillen ordnen bereits die Römer beide Verhältnisse als besondere Arten dem einen Institute der Servitut unter.[6]

§ 236. Dinglicher Charakter der Servituten.

Die Nutzung fremder Sachen wird bald durch persönliche Forderungen vermittelt, bald durch dingliche Rechte gewährt.

Pacht, Miethe, Kommodat erzeugen bloß obligatorische Ansprüche auf Benutzung der gemietheten oder kommodirten Sache. Auch Verträge anderer Art und Vermächtnisse begründen häufig nur Forderungsrechte auf Ueberlassung von Nutzungen.[1] Derartige Geschäfte verbinden nur den Promittenten und dessen Erben, nicht aber dritte Personen, z. B. den Abkäufer der Sache, deren Nutzungen versprochen sind.[2]

---

6) Im engeren Sinne verstehen die Römer unter den Servituten Grunddienstbarkeiten. § 3 J. de reb. incorp. 2, 2, l. 9 § 7 in fine D. quod metus causa 4, 2. Aber Marcianus libro 3 regularum l. 1 D. de serv. 8, 1 formulirt den weiteren Servitutenbegriff: servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus-fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum, siehe ferner l. 15 pr. D. eod., l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5, l. 8 § 3 D. de lib. leg. 34, 3 — Pomponius — „personalis servitus", l. 1 § 9 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Uebrigens wird einmal sogar eine Superficies als „servitus" bezeichnet, nämlich in l. 86 § 4 D. de leg. I.

1) l. 12 D. de annuis legatis 33, 1. Paulus libro 13 responsorum: Gajus Sejus praedia diversis pagis Maeviae et Sejae legavit et ita cavit: „praestari autem volo ex praediis Potitionis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia": quaero, an id legatum defuncta legataria exstinctum sit. Paulus respondit: servitutem jure constitutam non videri neque in personam neque in rem; sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo. cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri. Zur Realservitut fehlte freilich auch die Vicinität der Grundstücke. Vgl. ferner l. 58 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

2) Oft ist zweifelhaft, ob es sich um eine bloß obligatorische Verpflichtung oder

Digitized by Google

Alles dieses ist anders bei den Servituten.

1. Die Servitut setzt den Berechtigten in ein Verhältniß zu der Sache, welche belastet wird. Die Servitut kann daher Jedem gegenüber geltend gemacht werden, der sie stört oder bedroht; sie wird nicht durch actio in personam, sondern durch actio in rem confessoria zur Anerkennung gebracht.

2. Servitus in faciendo consistere nequit ist ein herkömmliches Rechtssprüchwort. Die Servitut verbindet nämlich den Besitzer der dienenden Sache nur zum Dulden — pati — oder zum Nichtthun — non facere —; keineswegs aber zum Thun — facere.[3]

Dies entspricht dem Wesen des dinglichen Rechtes. Das dingliche Recht stellt die Sache unmittelbar unter die Herrschaft des Berechtigten. Jedermann muß dessen Einwirkung auf die Sache dulden, Niemand darf sie stören. Aber außerhalb seines Rahmens liegt eine Verbindlichkeit des Besitzers der Sache zu einem Thun. Das Recht hierauf ist nicht Ausfluß einer Herrschaft über die Sache, bildet vielmehr eine Berechtigung gegenüber den Personen.

Hiernach kann man nach römischem Rechte mit dinglicher Kraft dem Eigenthümer der dienenden Sache nicht einmal deren Erhaltung in dienstfähigem Stande auflegen. Dieselbe fällt vielmehr nothwendig dem Servitutberechtigten anheim. Der Wegberechtigte z. B. hat den Weg, der Wasserleitungsberechtigte den Kanal über das dienende Grundstück im Stande zu halten.[4]

Einzig die servitus oneri ferendi macht eine Ausnahme. Die stützende Mauer in tragfähigem Stande zu halten, lag nach altem Brauche dem Eigenthümer der dienenden Sache ob.[5] Nur durch Dereliktion seines

---

eine dingliche Belastung handelt, z. B. ein Villenbesitzer verspricht dem anderen, seine Villa nicht höher zu bauen. Der Zweck des Vertrages wird häufig erkennen lassen, daß es sich um ein s. g. pactum intuitu fundi initum handelt. Ist dies nicht der Fall, so ist eine bloß obligatorische Verpflichtung als das Geringere anzunehmen.

3) l. 15 § 1 D. de servitutibus 8, 1. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

4) l. 11 D. communia praediorum 8, 4.

5) l. 33 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 5 epitomarum Alfeni digestorum: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet, nam cum in lege aedium ita scriptum esset: „paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit" satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Alfenus begründet die Reparaturpflicht des Eigenthümers der dienenden Sache durch Interpretation des herkömmlichen Bestellungsformulars. Denn wenn es

Digitized by Google

Gebäudes konnte er sich dieser Pflicht entschlagen. Als in der letzten Zeit der Republick die sich entwickelnde römische Rechtswissenschaft das Princip formulirte, daß die Servitut ein Thun nicht erzwingen könne, entstand freilich die Frage, ob dasselbe auch auf die servitus oneris ferendi anzuwenden sei. Gallus Aquilius bejahte sie, Servius Sulpicius und Labeo aber nahmen die hergebrachte Praxis in Schutz.[6] Demzufolge behielt es bei ihr sein Bewenden. Dies hatte gute wirthschaftliche Gründe. Es entspricht den Interessen beider Theile, daß die tragende Mauer vom Eigenthümer des dienenden und nicht vom Eigenthümer des herrschenden Grundstückes reparirt wird.[7] Es wäre ungerechtfertigt gewesen, das zweckmäßige Herkommen zu verlassen. Die Logik erkennt zwar, daß die servitus oneris ferendi mit ihrer dem Eigenthümer der dienenden Sache aufgelegten Reparaturpflicht den dinglichen Charakter nicht rein bewahrt, vielmehr eine Mischung mit obligatorischen Elementen enthält. Aber die Logik nöthigt uns nicht, ein derartiges Gebilde des positiven Rechtes für unzulässig zu erachten.[8]

---

zum Inhalt des Geschäftes gemacht werde „die Mauer soll im Stande bleiben, wie sie ist" so liege darin, sie müsse so erhalten werden, wie sie sei. Auf das Princip servitus in faciendo consistere nequit läßt sich Alfenus überhaupt nicht ein. Von „Spielerei" und „Verhüllung des Thatbestandes", wie Pernice, Parerga in der Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 5 S. 94 findet, kann ich nichts sehen.

6) l. 6 §§ 2 und 3 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. sed evaluit Servi sententia in proposita specie, ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. Haec autem actio in rem magis est, quam in personam et non alii competit, quam domino aedium et adversus dominum. sicuti caeterarum servitutium intentio, vgl. l. 8 § 2 D. eod.

7) Für den Eigenthümer der dienenden Sache wäre es höchst lästig gewesen, wenn der Servitutberechtigte ein selbständiges Refektionsrecht gehabt und die Mauer, die doch in der Regel vorzugsweise für das dienende Grundstück bestimmt ist, einseitig nach Maßgabe seines Interesses hätte herstellen dürfen. Verweigerte man aber dem Servitutberechtigten das Refektionsrecht, so mußte man die Refektionspflicht selbstverständlich dem Eigenthümer der dienenden Sache auflegen, wenn die Servitut Bestand haben und ihre Bestimmung erfüllen sollte. Auf diese Momente hat Elvers a. a. O. S. 61 aufmerksam gemacht. Vgl. auch Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 524.

8) Mannigfach sind die Versuche der Neueren, die Eigenheit zu erklären. Viele nehmen an, es bestehe bei der servitus oneris ferendi neben der Servitut eine „gesetzliche Obligation zu einem facere". Das heißt aber, was als Einheit gedacht ist, willkürlich zerreißen. Gewiß nicht natürlich ist insbesondere die Ansicht Mühlenbruchs im civ. Arch. Bd. 14 n. 14 und Vangerows Bd. 1 § 342 Anm. 2, daß nur eine Anwendung des bekannten Satzes des Nachbarrechtes gemacht werde, wonach der Eigenthümer einer baufälligen Sache sie entweder repariren oder aufgeben müsse, so daß das Anomale nur darin liege, daß hier aus der lex servitutis geklagt werde.

Digitized by Google

Nach gemeinem Rechte kann die Reparaturpflicht bei allen Servituten dem Eigenthümer der dienenden Sache als Bestandtheil der Dienstbarkeit aufgelegt werden. Wie man gemeinrechtlich zahlreiche andere zu einem Thun verpflichtende, dem römischen Rechte fremde reale Belastungen der Grundstücke kennt, so hat man es auch stets für zulässig gehalten, daß mit der Servitut die Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes zur Erhaltung der für die Uebung der Servitut dienenden Anstalten verbunden sei. Nur muß diese Verpflichtung nachweisbar besonders begründet oder durch unvordenkliche Verjährung dargethan sein.[9]

Das gemeine Recht kennt sogar Belastungen, deren Hauptinhalt in einem Thun des jeweiligen Eigenthümers der belasteten Sache besteht, z. B. in der Prästation von Renten oder von Holzdeputaten oder in der Leistung von Diensten. Solche Belastungen sind keine Servituten. Sie bilden ein Rechtsinstitut besonderer Art — die Reallasten.[10 11]

3. An eigener Sache ist eine Servitut unmöglich — nulli res sua servit.[12] Demzufolge kann eine Servitut an der eigenen Sache nicht gültig bestellt werden. Ferner erlischt die Servitut durch Konfusion, wenn der Servitutberechtigte das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt.

Der Ausdruck „fremde Sache" wird hier nur im negativen Sinne gebraucht, d. h. für eine Sache, die nicht im Eigenthume des Servitut-

---

In dem letzteren Punkte liegt eben das Eigenthümliche, und dies wird bei diesem Versuch nicht aufgeklärt. Durchaus verfehlt ist ferner die Behauptung Böckings, Pand. Bd. 1 § 160 Anm. 15: es sei überhaupt nicht richtig, daß der Eigenthümer der stützenden Mauer zu einem Thun verpflichtet sei. Denn auch die servitus oneris ferendi fordere nur ein „pati", nämlich „ein Aufliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstück, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden und stützenden". Mit diesem „also" wird der Sprung vom pati zum facere vollzogen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 211 a, Anm. 3. Gegen die Ausnahmenatur der servitus o. f. aber auch Kohler a. a. O. S. 197.

9) Siehe Buchka und Budde, Entscheidungen des O.A.G. zu Rostock Bd. 4 S. 123 — bei Seuffert Bd. 17 n. 8 —, O.A.G. zu Berlin bei Seuffert Bd. 26 n. 108. Nach B.G.B. § 1021 kann bestimmt werden, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert; besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu haben, so hat nach § 1022 B.G.B. im Zweifel der Eigenthümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert.

10) Früher nannte man die Reallasten wohl servitutes juris Germanici und behandelte sie nach Analogie der Servituten. Derzeit ist Niemand darüber im Zweifel, daß die Reallasten eigenartigen Normen unterliegen. Vgl. B.G.B. §§ 1105 ff.

11) Uebrigens haben die Römer die Reallast auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes sehr wohl gekannt. Dies hat Pernice, Parerga in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 5 S. 67 ff. näher nachgewiesen.

12) l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

Digitized by Google

berechtigten steht. Wird daher die dienende Sache herrenlos, z. B. durch Dereliktion, so erhält sich die Servitut.[13][14]

§ 237. Verhältniß der Servitut zum Eigenthumsrechte.

Die Servitut kollidirt mit dem Eigenthume der dienenden Sache. Sie geht ihm in ihrer Sphäre vor und hemmt also seine volle Ausübung.

Häufig betrachtet man die Servitut als einen ausgeschiedenen Eigenthumsbestandtheil.[1] Aber nur um eine Beschränkung des Eigenthumes, nicht um Ablösung eines Eigenthumsbestandtheiles handelt es sich.[2] Sonst wäre stets ein Neuerwerb nöthig, damit sich die abgetrennte Servitut mit dem Eigenthume wieder vereinige, dem sie entfloß. Dies ist keineswegs der Fall. Vielmehr konsolidirt sich

---

13) Ein hierhergehöriger Fall war nach klassischem Rechte Freilassung eines Sklaven, an dem ein Ususfrukt bestand, Ulpian. fragm. I § 19. Die abweichende Bestimmung Justinians in der l. 1 C. communia de manum. 7, 15 beruht auf Utilität. — Ist Okkupation einer Servitut an einer herrenlosen Sache möglich, indem z. B. der Eigenthümer eines an der Meeresküste belegenen Hauses nach dem Meere zu einen Balkon anlegt? Sie erkennt Elvers a. a. O. S. 30 an. Ich sehe keinen Grund dafür, ihm hierin zu widersprechen.

14) Eine traditionelle Regel der Römer lautete: servitus servitutis esse non potest. Man schloß hieraus, daß der Eigenthümer nicht gültigerweise an seiner Sache den Usus oder Ususfrukt eines Wegrechtes bestellen könne, l. 1 D. de usu et usufr. leg. 33, 2, und daß ein Servitutberechtigter keine Servitut auf seine Servitut legen dürfe, l. 33 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3; man hielt beides aber schließlich, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, keineswegs fest. Auch zog man die äußerst subtile Konsequenz aus jener Regel, daß der Proprietar nicht einmal mit Zustimmung des Nießbrauchers eine das Recht des letzteren afficirende Servitut bestellen könne, l. 15 § 7, l. 16 D. de usufructu 7, 1. Vgl. jedoch auch Arndts § 179 Anm. 5. Der Grundsatz servitus servitutis esse non potest wurde von den späteren römischen Juristen, wie aus l. 1 D. de usu et usufructu 33, 2 und l. 33 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3 hervorgeht, theils beseitigt, theils umgangen. Gemeinrechtlich gilt er jedenfalls nicht, vgl. Adolf Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 260 Anm. 27. Auch die Konsequenz, welche die l. 15 § 7, l. 16 D. de usufr. 7, 1 zieht, kann daher keine Anerkennung mehr finden.

1) So Büchel, civilrechtliche Erörterungen Bd. 1 n. 3 über Verpfändung der jura in re, Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 67; vgl. hiergegen Vangerow Bd. 1 § 338 S. 689 — siehe jedoch auch unten Anm. 4 — und Elvers a. a. O. S. 41, Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 3.

2) Dies gilt namentlich auch für den Nießbrauch, vgl. die oben § 81 Anm. 6 abgedruckte l. 63 D. de usu fructu 7, 1. Allerdings war ein vulgärer, wohl aus alter Zeit überlieferter Spruch: fructus portionis instar optinet, l. 76 § 2 D. de leg. II. Aber die römische wissenschaftliche Jurisprudenz erkannte an, daß der Satz keine volle Wahrheit enthalte. Papinian insbesondere erklärte l. 33 § 1 D. de usufructu 7, 1: usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit, Paulus in der l. 4 D. de usufructu 7, 1 dreht die Sache um, „usus fructus in multis casibus pars dominii est“ und verwirft den Spruch geradezu in l. 25 D. de V. S. 50, 16 libro 21 ad edictum: recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter. Aehnlich schon Papinian in der l. 66 § 6 D. de leg. II. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 132.

Digitized by Google

das Eigenthum unmittelbar und von selbst, sobald die Servitut erlischt. Daß es sich nicht um Ablösung und Uebertragung eines Eigenthumsbestandtheiles handelt, tritt besonders darin zu Tage, daß der Inhalt der Servitut nicht immer identisch ist mit dem, was der Eigenthümer aufgiebt. Die servitus altius non tollendi z. B. hindert den Eigenthümer der dienenden Sache am Bauen, aber dem Servitutberechtigten steht das Recht zum Bauen auf dem Nachbargrundstücke nicht zu, er hat nur ein Verbietungsrecht.[3] [4]

Das Maß der Beschränkung des Eigenthumes durch die Servitut ist nach mehreren Richtungen hin fraglich.

1. Wieweit behindert die Servitut den Eigenthümer an konkurrirender Nutzung?

Die Servitut nimmt nicht selten die Nutzung der dienenden Sache ausschließlich oder doch vorzugsweise in Beschlag. Der Nießbrauch insbesondere giebt das Recht auf die volle Fruchtnutzung. So lange er besteht, darf der Eigenthümer die Früchte nicht für sich in Anspruch nehmen. Prädialservituten ferner mit bestimmtem Umfange, z. B. Forstservituten auf eine bestimmte Quantität Holz, Weiderechte mit fixirter Stückzahl Vieh, geben schlechthin ein Vorzugsrecht vor dem Eigenthümer. Das Gleiche kann auch bei unbestimmten Prädialservituten der Fall sein, so daß sie bis zum Maße des Bedürfnisses des herrschenden Grundstückes dem Eigenthume vorgehen.

Allein dies ist nicht nothwendig. Häufig ist gemäß der Bestellungsurkunde, dem Herkommen, der Gesammtheit der Umstände der Sinn der Servitut der, daß der Servitutberechtigte und der Eigenthümer nebeneinander nutzen sollen. So wird es z. B. in der Regel sein, wenn dem Nachbar ein Recht auf Wasserschöpfen aus unserem Brunnen eingeräumt ist. Reicht also das Wasser in Folge der Vergrößerung des Bedürf-

3) Vgl. Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12 n. 7.

4) Vangerow Bd. 1 § 338 S. 689 behauptet für die servitutes praediorum urbanorum und nur für diese, daß sie von dem Eigenthumsrechte wirklich, d. h. dem Rechte nach abgelöste Befugnisse enthielten. Bei ihnen und nur bei ihnen liege eine Verminderung, nicht eine Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse vor; hier und nur hier bedürfe es eines neuen Erwerbes seitens des Eigenthümers, wenn der ausgeschiedene Eigenthumsbestandtheil wieder mit dem Eigenthum vereinigt werden solle. Die Quellen sprächen diesen Gedanken ausdrücklich aus, l. 5 § 9 D. de op. nov. nunt. 39, 1. Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis ... impositiciam, cum quis postea quam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit. Doch höchst gewagt ist es, aus der unverfänglichen Aeußerung des Pedius, der Eigenthümer vermindere durch die Bestellung der Urbanalservitut sein Recht, ein juristisches Dogma herzuleiten. Sie giebt nur eine gebrechliche Stütze für das Axiom, daß die Urbanalservitut und nur sie die Ablösung einer Eigenthumsbefugniß enthalte. Die Ansicht Vangerows hat keinen Anklang gefunden.

Digitized by Google

nisses oder theilweisen Versiegens der Quelle nicht für beide aus, so hat eine die Interessen beider Theile gleichmäßig berücksichtigende Regulirung einzutreten. Ebenso ist es in der Regel bei unbestimmten Weideservituten.[5]

2. Da der Eigenthümer auch nach Einräumung einer Servitut alle mit ihr verträglichen Befugnisse behält, so ist es ihm häufig möglich, die einem Berechtigten verliehene Gerechtigkeit noch anderen einzuräumen, natürlich unbeschadet der Rechte des ersten Servitutenerwerbers. Er kann z. B. eine Weggerechtigkeit, wie er sie dem Primus bestellte, auch dem Sekundus und Tertius verleihen, oder eine Wassergerechtigkeit successive einräumen.[6]

3. Die Servitut ist schonend — civiliter — zu üben.[7] Der Servitutberechtigte muß also auf den Eigenthümer und dessen Wirthschaft

---

5) Vgl. Glück Bd. 10 S. 180 ff. und dort Angeführte; Seuffert, Erörterungen Bd. 2 S. 46 ff. Dagegen Vangerow Bd. 1 § 340 S. 716 und Windscheid Bd. 1 § 209 Anm. 13. Vangerow behauptet, wenn eine Servitut unbestimmt bestellt worden sei, könne dies nur den Sinn haben, es solle die eingeräumte Befugniß in dem Umfange zustehen, in welchem sie überhaupt als Realservitut bestellt werden könne, d. h. soweit das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes reiche; es sei also im Falle einer unbestimmten Bestellung doch in Wirklichkeit der Umfang des Rechtes nicht weniger genau bestimmt, als wenn besondere konventionelle oder testamentarische Anordnungen darüber getroffen wären. Dem ist nicht zuzustimmen. Das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes ergiebt das Maximum des Umfanges der Servitut. Sehr wohl kann aber der Umfang darunter bleiben. Ob dies beabsichtigt, ist Frage der Auslegung. So verhält es sich nach allgemeinen Grundsätzen und dies stimmt mit den Quellen. In der l. 6 C. de servit. 3, 34 entscheidet Claudius a. 269 einen Fall, in dem ein Nachbar contra statutam consuetudinis formam eine größere Wassermasse in Anspruch nahm, als das dienende Grundstück entbehren konnte, und erklärt dies für unzulässig; denn es sei durum et crudelitati proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum sitientibus agris tuis ad aliorum usum vicinorum injuria propagari. Der Kaiser beruft sich nicht bloß auf Gewohnheit, sondern auch auf einen allgemeinen Gedanken, welcher dieselbe veranlaßte und der bei der Auslegung von Verträgen über Bestellung von Servituten Verwerthung finden kann. Es ist also nicht so ganz unbegreiflich, wie Vangerow meint, daß man sich auf diese Stelle gegen seine Ansicht berufen hat. Die l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4 deutet einen verwandten Gesichtspunkt an. Vgl. B.G.B. § 1019.

6) l. 15 D. communia praediorum 8, 4. Paulus libro 1 epitomarum Alfeni: Qui per certum locum iter aut actum alicui cessisset, eum pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse verum est: quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilo minus aliis quot vellet multis eas aedes servas facere potest. l. 2 §§ 1 und 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vgl. die l. 4 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 19 § 2 D. comm. div. 10, 3 über die a. communi dividundo und negotiorum gestorum zwischen den mehreren Servitutberechtigten.

7) l. 9 D. de servit. 8, 1. Celsus libro 5 Digestorum: Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Dies alles gilt nicht bloß für Grundgerechtigkeiten, vielmehr nicht minder für persönliche Servituten. Uebereinstimmend B.G.B. § 1020.

Digitized by Google

Rücksicht nehmen und selbst kleine Erschwerungen von dessen Seite dulden.[8] Seine Rechte dürfen aber hierdurch nicht im wesentlichen verkürzt,[9] klare Rechtstitel nicht gebeugt werden.[10]

Zweites Kapitel.

Die Prädialservituten.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ 238. Begriff und Wesen der Prädialservituten.

Prädialservituten — Grunddienstbarkeiten — sind mit einem Grundstücke verknüpfte, zu dessen Nutzen bestimmte dingliche Rechte an fremden Grundstücken.[1] Sie fordern also ein herrschendes und ein dienendes Grundstück.

Die Prädialservituten kommen dem jeweiligen Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zu Gute. Sie stehen jedem Nachmann des ersten Erwerbers zu, mag er das Grundstück nun durch Universal-

---

8) Es besteht beispielsweise ein Recht der Durchfahrt über den Hofraum des Nachbarn. Dieser läßt da, wo der Servitutberechtigte bisher offen einfuhr, zur Sicherung seines Eigenthums ein Thor errichten und es mit einem Riegel verschließen, so daß nun der Servitutberechtigte, ehe er durchfahren kann, sich in den Hofraum des Nachbarn begeben und dort mittels Zurückschieben des Riegels das Thor öffnen oder den Nachbarn zur jeweiligen Oeffnung veranlassen muß. Kann der Servitutberechtigte Beseitigung des Thores oder doch des daran befindlichen Riegels fordern? Die Entscheidung hängt davon ab, ob es sich in der That um eine erhebliche Erschwerung des Rechtes der Durchfahrt handelt. Dies ist insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn die Durchfahrt nicht regelmäßig, sondern nur bei besonderen Gelegenheiten zur Ausübung kommt. Seuff. A. Bd. 12 n. 7, Bd. 24 n. 14, 16.

9) Das Ortsübliche ist hierbei vor Allem maßgebend. Es genügt z. B. bei einer Viehtrift, daß der Wegberechtigte die Heerde in der Art, wie das die Landsleute der Gegend ordentlicherweise zu thun pflegen, über den Weg treibt, ungewöhnliche Maßregeln, um das Ueberlaufen des Viehes vom Wege zu verhindern, hat er nicht zu treffen. Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 103.

10) Die Verlegung der Servitut auf ein anderes Grundstück des Eigenthümers der dienenden Sache darf dem Servitutberechtigten nicht aufgenöthigt werden, selbst wenn sie dem Servitutberechtigten keinen erheblichen Nachtheil brächte. Denn dies wäre nicht Modifikation der Ausübung der bestehenden Servitut, sondern deren Aufhebung und Begründung einer neuen Servitut. Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 118. Die Verlegung auf einen anderen Theil des belasteten Grundstücks kann zulässig sein, B.G.B. § 1023.

1) l. 1 § 1 D. communia praediorum 8, 4. Ulpianus libro 2 institutionum: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

Digitized by Google

succession oder Singularsuccession[2] oder in anderer Weise, z. B. durch Ersitzung erlangen.[3] Sie verbinden sich also der Art mit dem Grundstücke, daß sie ihm wie eine Eigenschaft zugehören.[4]

Diese Rechtsbildung entspricht den allgemeinen Rechtsgedanken der Römer keineswegs. Nach ihnen erschafft das Individuum seine Rechte selbstthätig und bindet sie an seine Person und an diejenige seiner Erben. Die Verknüpfung von Rechten mit einem Grundstücke war den Römern sonst fremd. Dagegen liebt das deutsche Recht, die rechtlichen Beziehungen der Grundstücke ein für allemal durch Rechtsordnungen zu bestimmen, welche den Wechsel der Individuen überdauern. Hier sind auch die Grundgerechtigkeiten weit mehr begünstigt als in Rom.

Manche Schriftsteller fassen das herrschende Grundstück geradezu als das Rechtssubjekt der Prädialservitut, — als eine juristische Person auf und suchen so die Verknüpfung der Servitut mit dem Grundstücke juristisch zu rechtfertigen.[5] Hierfür scheint auch die Redeweise der Quellen zu sprechen, wonach die Servitut „dem Grundstücke zusteht", „ihm geschuldet wird".[6] Aber das wäre ein Zerrbild einer

2) l. 12 D. comm. praed. 8, 4. Paulus libro 15 ad Sabinum: Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt. Vgl. auch l. 47 — l. 49 D. de contr. empt. 18, 1.

3) Vgl. l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Paulus libro 15 ad Sabinum. Si fundus serviens vel is cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

4) l. 86 D. de V. S. 50, 16. Celsus libro 5 digestorum: Quid aliud sunt. „jura praediorum" quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo, vgl. l. 12 D. quemadm. serv. am. 8, 6. Die Zusammenstellung der juristischen und der natürlichen Eigenschaften eines Grundstückes ist geistreich, keinenfalls aber als Identificirung zu denken, vgl. übrigens Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 97 ff. Manche bezeichnen die Prädialservitut als „Erweiterung des Eigenthumes", wofür man sich auf l. 5 § 9 D. de o. n. n. 39, 1 — abgedruckt oben § 237 Anm. 4 — zu berufen pflegt. Hiergegen führt Schönemann a. a. O. S. 105 mit Recht aus: das Eigenthum an der herrschenden Sache ist die volle rechtliche Herrschaft über dieselbe; der Erwerb einer Prädialservitut aber ist keine Erweiterung der Herrschaft über diese Sache, sondern die Hinzufügung eines Stückes Herrschaft über eine andere Sache. Die Römer bezeichnen denn auch die Servituten als „unkörperliche Sachen", obgleich sie dem Eigenthum hinzutraten, welches als etwas „Körperliches" gilt, l. 14 D. de serv. 8, 1.

5) So namentlich Böcking, Inst. § 62d, Pand. Bd. 1 § 38. Dagegen aber die neueren Schriftsteller, vgl. Elvers S. 95, Windscheid Bd. 1 § 57 Anm. 10.

6) Vgl. z. B. l. 12 D. de serv. 8, 1 „fundo recte servitus adquiritur", l. 31 D. de serv. pr. rust. 8, 3 „fundo servitutem aquae quaesierat", l. 13 pr. D. eod. und gar l. 30 § 7 D. de neg. gest. 3, 5 „sententia praedio datur". Arndts a. a. Ort weist darauf hin, daß sich auch findet „pecori cui adpulsus debetur" l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 und „ager itineri aut actui servit", l. 13 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Die römischen Juristen waren bemüht, ihren Gedanken einen anschaulichen und passenden Ausdruck zu geben. Aber sie haben nicht jede Wendung so zugespitzt, daß man aus ihr ein Dogma herleiten könnte. Damit hätten sie sich jeder Freiheit begeben. Unbefangen bezeichnen sie an anderen Orten den

Digitized by Google

juristischen Person und ist sicher nicht die römische Konstruktion. Die Quellen sprechen kaum minder häufig die Servitut dem Eigenthümer der herrschenden Sache, wie dem Grundstücke zu. Und, was mehr ins Gewicht fällt, die Rechtssätze der Prädialservituten stehen jener Konstruktion entgegen. In dieser Hinsicht ist besonders zu beachten, daß die Servitut durch Konfusion erlischt, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zugleich Eigenthümer des dienenden wird. Wäre das Grundstück das Rechtssubjekt, so stünde in einem solchen Falle der Fortdauer der Servitut nichts im Wege, man müßte sie höchstens als ruhend erachten, solange die beiden Grundstücke in derselben Hand wären. [7]

Das Grundstück ist das Medium, an welches das Recht des jeweiligen Eigenthümers geknüpft ist. Folgerecht ist die Prädialservitut vom herrschenden Grundstücke nicht trennbar, nicht einmal ihr Gebrauch ist übertragbar. Gegen diese Rechtskonsequenz kämpfte jedoch die Utilität und das Bedürfniß des Lebens an, und zwar nicht ganz ohne Erfolg. Wenigstens bei Wasserleitungen kann der Eigenthümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen, auch Dritten den Wassergenuß zu überlassen. [8]

Das herrschende Grundstück kann ein unbebautes — praedium rusticum — oder ein Gebäude — praedium urbanum — sein. Auch zu Gunsten eines künftig zu errichtenden Gebäudes kann die Servitut be-

---

Eigenthümer des herrschenden Grundstückes als den Berechtigten, z. B. in l. 17 § 3 D. de serv. pr. urb. 8, 2 „pollicetur venditor sibi servitutem deberi", ferner in der oben Anm. 1 abgedruckten l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 4 und in l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. — Der Ausdruck praedium serviens ist häufig, dagegen ist der Ausdruck praedium dominans den Quellen nicht geläufig.

7) Auch B.G.B. § 1018 besagt: Ein Grundstück kann zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks belastet werden.

8) l. 44 D. locati 19, 2. Ulpianus libro 7 ad edictum: Locare servitutem nemo potest. l. 24 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. Vgl. übrigens l. 1 § 16 D. de aqua cottidiana 43, 20, l. 33 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Africanus libro 9 quaestionum: Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest. — Das pactum und die stipulatio, von denen hier gesprochen wird, ist ein bei der Bestellung der Wasserleitung zugefügter, das Servitutenrecht erweiternder Nebenvertrag. Meist betrachtet man jedoch den Vertrag über die Einräumung des Schöpfrechtes als das pactum, von welchem der Jurist spricht. In Folge dessen kommt Vangerow Bd. 1 § 338 S. 695 zu dem Resultate, „daß der haustus ex rivo hier nicht als dingliches Recht, sondern nur als obligatorisches Recht durch pactum oder stipulatio konstituirt werde".

Digitized by Google

stellt werden.[9][10] Gemeinrechtlich kommen Servituten ferner zu Gunsten wie auch zu Lasten von selbständigen Gerechtigkeiten, insbesondere von Bergwerken, sowie von größeren territorialen Kreisen, z. B. ganzen Ortschaften, vor.[11]

§ 239. Eintheilungen der Prädialservituten.

1. Die oberste Eintheilung der Prädialservituten war den römischen Juristen diejenige in Felddienstbarkeiten — servitutes praediorum rusticorum — und in Gebäudedienstbarkeiten — servitutes praediorum urbanorum.[1]

Zu den Felddienstbarkeiten gehören Rechte auf Weg — iter, actus, via —, auf Wasser— aquaeductus — sowie auf landwirthschaftliche Nutzungen,[2] zu den Gebäudeservituten Rechte zu baulichen Konstruktionen des herrschenden Gebäudes auf fremden Grundstücken — z. B. oneris ferendi — und auf Aussicht und Licht.[3]

Was war das Eintheilungsprincip? Maßgebend war die Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes. Servituten, die in der Regel Feldgrundstücken zustanden, klassificirte man als Felddienstbarkeiten und diejenigen, welche regelmäßig Gebäuden angehörten, als Gebäudeservituten.[4] Feldgrundstücke sind aber nicht bloß landwirthschaftliche, sondern auch sonstige unbebaute Plätze, z. B. Abladestätten, Trockenplätze.

Servituten, die in der Regel Gebäuden zustehen, können im

---

9) l. 23 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.

10) Auch zu Gunsten eines Grabdenkmales wurden Servituten gültig bestellt, l. 14 § 1 D. de serv. 8, 1, l. 1. D. si serv. 8, 5.

11) R.G. Bd. 4 S. 132, Bd. 7 S. 167. Die Berechtigung kann zu Gunsten der Gemeindeglieder allgemein sein, z. B. des Inhalts, daß ein Park dem Publikum zum Besuche offen stehen soll — R.G. Bd. 14 S. 214 —, oder zu Gunsten bestimmter Kategorien von Gemeindegliedern. Klagt die Gemeinde und erwirkt rechtskräftige Verurtheilung, so macht dies Rechtskraft zu Gunsten der betheiligten Gemeindeglieder. Vgl. oben § 61 Anm. 12.

1) Zachariä von Lingenthal: über die Unterscheidung von servitutes rusticae und urbanae 1844; Vangerow Bd. 1 § 339 S. 700; Kindervater, Eintheilung der servitutes in urbanae und rusticae in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 4; Hölder im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 4.

2) l. 1 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3, vgl. pr. § 2 J. de servit. 2, 3.

3) l. 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

4) Dies ist die derzeit herrschende Ansicht. Sie theilte Puchta § 183 Anm. f; Böcking, Instit. § 161 Anm. 12 ff. und Anhang I; Brinz Bd. 1 § 189; Arndts § 184 Anm. 3; im wesentlichen auch Windscheid Bd. 1 § 210 Anm. 2. Erhärtet wird sie durch § 1 J. de serv. 2, 3 „praediorum urbanorum sunt servitutes quae aedificiis inhaerent", vgl. auch § 3 J. eod. und l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 3. Näheres in unseren früheren Auflagen.

Digitized by Google

gegebenen Falle einem Feldgrundstücke dienen, z. B. eine freie Aussicht einem Park und eine servitus oneris ferendi einer Weinbergsterrasse. Dann sind sie im besonderen Falle Felddienstbarkeiten.[5] Umgekehrt kommen Wegerechte und Wasserleitung sehr wohl zu Gunsten von Gebäuden vor und sind dann Gebäudeservituten.

Felddienstbarkeiten werden überwiegend durch eine Thätigkeit des Servitutberechtigten ausgeübt — so namentlich Wegerechte —, Gebäudeservituten werden dagegen entweder durch ein Verbieten oder durch das Haben einer baulichen Konstruktion ausgeübt. Daher hat man die Behauptung aufgestellt, daß die Römer die Servituten des Verbietens und Habens Gebäudeservituten und die ein Thun des Berechtigten offenstellenden Servituten Felddienstbarkeiten genannt hätten.[6] Dies ist aber unbegründet. Wie wäre man dazu gekommen, Servituten des Verbietens und des Habens unter einen Begriff zu bringen und als Gebäudeservitut zu bezeichnen. Die Wasserleitungsservitut zudem gewährt ein Haben und ist doch Feldservitut.

2. Die neuere Doktrin theilt die Servituten in Gemäßheit der eben berührten Verschiedenheit ein in affirmative und negative.

Affirmativ sind diejenigen, welche eine unmittelbare physische Einwirkung auf das dienende Grundstück verstatten. Es gehören hierher die Servituten, die ein Haben zum Inhalte haben (serv. habendi), z. B. die s. oneris ferendi,[7] sowie diejenigen, welche zu einem Thun ermächtigen (serv. faciendi), z. B. zum Auftreiben einer Heerde.

Negative heißen Servituten, die durch Verbote geltend gemacht werden — s. prohibendi —, z. B. die Servitut, wonach der Nachbar sein Gebäude nicht erhöhen darf.

3. Man unterscheidet endlich ständige Servituten — continuae, und nichtständige — discontinuae.

Ständig sind im eigentlichen Sinne Servituten, welche einen dauernden Zustand sichern, sei es daß er durch ein „Haben" oder ein „Verbietungsrecht" gewährleistet ist. Ständig nennt man aber auch Servituten auf ein „Thun", welches jederzeit zulässig ist. In

5) So erklärt sich wohl l. 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium vel protectum habere licere. Brinz Bd. 1 S. 766 nimmt an, es handle sich um Gebäude auf Feldgrundstücken, die nur Zubehör des Landgutes seien. Da nun das Gut die Hauptsache sei, so bezeichne man die Servitut um deswillen als Felddienstbarkeit.

6) So Vangerow a. a. O. und bis zu einem gewissen Grade Hölder a. a. O.

7) Vgl. l. 20 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

Digitized by Google

diesem Sinne ist z. B. ein gewöhnliches Wegerecht ständig, obgleich physisch eine ununterbrochene Ausübung desselben natürlich nicht möglich ist.[8]

Unständig sind Servituten, die nur zu gewissen Zeiten oder bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden dürfen, z. B. das Recht, die Ernte abzufahren oder der Frühlingsbewässerung.[9]

§ 240. Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück.

Die Nachtheile, welche die Servitut im Gefolge haben kann, — Behinderung des Eigenthümers, falls Veränderungen der dienenden Sache nöthig werden, Gefahr von Konflikten der Nachbarn über das Maß der Ausübung der Servitut — nimmt das Recht nur um erheblicher Vortheile willen in den Kauf. Insbesondere machte das römische Recht strenge Anforderungen an die Prädialservituten, um das hohe Gut der Freiheit des Eigenthumes thunlichst zu wahren.[1]

1. Fundamentalerforderniß ist Nutzen der Grundgerechtigkeit für das herrschende Grundstück. Die Servitut muß „praedio utilis" sein.[2] Damit ist gemeint, daß sie dem Berechtigten Vortheile durch Vermittelung des herrschenden Grundstückes bringen muß.

In der Regel handelt es sich um pekuniären Nutzen, also Hebung des Ertrages des herrschenden Grundstückes. Aber auch in allgemein geschätzten Annehmlichkeiten kann der Vortheil der Servitut bestehen, z. B. in freier Aussicht oder in einem Springbrunnen.[3] Dinge, die wohl dem Einen oder Anderen angenehm wären, aber nicht allgemein als ein Gut gewürdigt werden, können den Inhalt von Prädialservituten nicht bilden, z. B. nicht das Recht, in fremdem Garten spazieren zu gehen, dort zu speisen.[4]

---

8) l. 14 pr. D. de serv. 8, 1.

9) Das Recht der Wasserleitung durch Röhren ist eine servitus continua, auch wenn das Wasser nicht immer fließt. Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 14.

1) Schrader, civilistische Abhandlungen 1816 Abschn. 2 n. 5: Wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten? Kohler a. a. O. S. 169.

2) Vgl. B.G.B. § 1019: „Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vortheil bietet. Ueber das sich hieraus ergebende Maaß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden." Die römischen Juristen sprechen dies nicht so abstrakt aus. Sie forderten zunächst Vicinität und Perpetuität. Erst allmählig trat die Utilität als bestimmend hervor, l. 5 D. si serv. vind. 8, 5.

3) l. 3, 12, 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 3 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

4) l. 8 pr. D. de servit. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus servitus imponi

Digitized by Google

Was ferner bloß der Person des Eigenthümers, nicht dem Nutzen seines Grundstückes dient, z. B. einem auf dem Grundstücke, aber nicht mittels des Grundstückes betriebenen Gewerbe,[5] kann als Prädialservitut nicht bestellt werden. Dagegen steht der Einräumung einer Servitut nichts im Wege, wenn sie zwar für den zeitigen Eigenthümer des Grundstücks ohne Vortheil, aber dem Grundstücke objektiv nutzbar ist.[6]

Das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes bestimmt das höchste Maß der Servitut. Beispielsweise giebt eine Servitut zur Gewinnung von Töpfererde das Recht auf das, was der Produktion des herrschenden Grundstückes und auch der Verwerthung seiner Produkte, etwa in Gestalt von Versandtkrügen dient; zum

---

non potest. Vgl. Schrader, civilistische Abhandlungen Abth. II n. 6. Eine porticus ambulatoria kann man sich als Urbanalservitut bestellen lassen, l. 8 § 1 D. si serv. 8, 5. Woher der Unterschied? Es ist etwas anderes, einen bestimmten Platz zum ausschließlichen Gebrauche auf fremdem Grundstücke zu haben, und etwas anderes, da zu spazieren und zu speisen, wo der Eigenthümer der dienenden Sache und seine Familie und Gesinde gleichen Zutritt haben. Im letzteren Falle ist der Werth der Berechtigung von persönlichen Beziehungen abhängig. Die Freude am Aufenthalte im fremden Garten wird durch unfreundliches Verhalten des Eigenthümers leicht vergällt, ohne daß man diesem ernstlich beikommen kann. Vgl. Kohler a. a. O. S. 169.

5) Ebenso nimmt R.G. Bd. 30 S. 207 an, daß Realservituten zu Gunsten eines auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbes dann zulässig sind, wenn jenem Grundstücke für dieses Gewerbe eine bleibende Einrichtung gegeben ist.

6) l. 19 D. de serv. 8, 1. Labeo libro 4 posteriorum a Javoleno epitomatorum: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui — dedere — ducere non expediret. nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim — debere — habere possumus, quamvis ea nobis non utilia sunt. Zwei Ansichten stehen sich vorzugsweise gegenüber. a) Viele — insbesondere Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 3 und Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 553 — finden hier den Satz, man könne sich beim Verkauf eines Grundstückes unnütze Servituten retiniren; nur selbständig bestellen könne man unnütze Servituten nicht. Zur Unterstützung führt Thibaut an, es sei zulässig, von 6 Bänden eines einheitlichen Werkes 5 zu verkaufen, um deswillen bleibe uns doch der sechste zu eigen, auch wenn er werthlos sei. Dies Beispiel paßt aber nicht. Denn, mag der sechste Band wenig Werth haben, völlig werthlos ist er nicht. Ferner aber ist der Vorbehalt einer Servitut die Neubestellung eines Rechtes, nicht Zurückhaltung eines Eigenthumsbestandtheiles. Die vorbehaltene Servitut unterliegt daher den allgemeinen Grundsätzen des Servitutenrechtes. b) Nach der anderen Ansicht spricht Labeo von einer Servitut, welche für den Verkäufer persönlich nach der Art seiner Benutzung des herrschenden Grundstückes keinen Vortheil hat, wohl aber für das Grundstück von Nutzen sein kann. Hierauf weist das Beispiel der Wasserkraft, welche sehr wohl dem Grundstücke des Verkäufers, aber nicht ihm für seine Person nützlich sein kann. Daß zufällig nur vom Reserviren der Servitut die Rede ist, hat einen rein praktischen Grund. Man wird nicht leicht eine Wasserservitut, die nicht umsonst zu haben ist, für sein Grundstück erwerben, wenn man sie nicht selbst zu benutzen denkt. Aber eine solche beim Verkaufe eines Grundstückes vorzubehalten, wo sie möglicherweise ohne besonderen Einfluß auf den Kaufpreis ist, liegt oft recht nahe. So im wesentlichen auch Kohler a. a. O. S. 308. Ueber die Stilisirung Labeos siehe oben § 36 Anm. 4. Uebrigens annotirt Mommsen zur l. 19 hinter „et si“: „ipsi“ ins. cum Bas.

Digitized by Google

selbständigen Verkaufe von Töpferwaaren darf die Erde dagegen nicht entnommen werden.[7]

Die Prädialservitut wird in der Regel für die Dauer geschaffen. Im Laufe der Zeiten ändern sich Benutzungsweise und Bestimmung des herrschenden Grundstückes. Tritt in Folge dessen eine Verringerung des Bedürfnisses ein, so mindert sich der Umfang der Servitut. Wie aber, wenn sich das Bedürfniß vermehrt? Dies bleibt nothwendig ohne Einfluß, wenn die Servitut von fixirtem Umfange ist, z. B. das Recht der Weide mit einer bestimmten Stückzahl giebt. Fehlt die bestimmte Begrenzung, dann ist nach der einen Ansicht das Bedürfniß der Zeit der *Bestellung* im Zweifel dauernd die Norm.[8] Nach einer anderen schmiegt sich die unbestimmt gelassene Servitut elastisch dem *jeweiligen Bedürfnisse* an. Das Richtige liegt in der Mitte. Da die Wandelbarkeit der Benutzungsweise eine naturgemäße und voraussehbare ist, so läßt sich nicht annehmen, daß der status quo, wie er bei Begründung der Servitut bestand, jederzeit maßgebend sein sollte, vielmehr unterliegt die Sache gesteigerten Ansprüchen, wenn die Zeitverhältnisse und die wirthschaftlichen Umstände eine veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstückes, z. B. dessen intensivere Kultur herbeiführen.[9] Dagegen kann das belastete Grundstück nicht für außerordentliche Veränderungen im herrschenden Grundstücke, welche eine erhebliche Erschwerung der Belastung herbeiführen, in Anspruch genommen werden.[10] Keinesfalls ist die Servitut in Fällen willkürlicher Vergrößerung der herrschenden Sache den hinzugefügten Flächen dienstbar.[11]

2. Nach altrömischem Rechte forderte die Servitut *Nachbargrundstücke*, praedia vicina, d. h. die Grundstücke mußten unmittelbar aneinander angrenzen.

Später begnügte man sich bei Urbanalservituten mit bloßer Utilität.[12] Und dies gilt gemeinrechtlich bei allen Servituten. Die Grund-

7) l. 5 § 1, l. 6 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

8) Dies vertheidigt namentlich Ihering in seinem Rechtsgutachten in Sachen Stadt Bern contra Centralbahn Basel 1877 S. 10. Er behauptet daher, als Maß einer ganz unbestimmten „Weidegerechtigkeit" würde für alle Zeiten diejenige Zahl der Kühe zu Grunde zu legen sein, welche der Berechtigte nach dem damaligen Stande der Landwirthschaft hätte halten können. Dies nachzuweisen, wird seine Schwierigkeiten haben, wenn die Servitut aus alten Zeiten stammt.

9) Das *zeitige Bedürfniß*, nicht das der Zeit der Servitutbegründung erklärt hiernach l. 5 § 1 a. E. D. de serv. pr. rust. 8, 3 als maßgebend.

10) Vgl. R.G. Bd. 1 S. 331. Die Erschwerung einer Wegservitut, welche durch Verwandelung des herrschenden Grundstückes aus einem Forste in Ackerland erwächst, muß in der Regel der Eigenthümer des belasteten Grundstückes dulden, die Erschwerung durch Anlegen eines Steinbruches oder einer Fabrik aber nicht.

11) l. 24, l. 29 D. d. serv. pr. rust. 8, 3.

Digitized by Google

stücke müssen also nach ihrer Lage Nutzen ermöglichen, nicht nothwendig ist aber, daß sie Nachbargrundstücke sind. Zulässig ist z. B. eine Servitut zu Gunsten eines der Flußüberschwemmung ausgesetzten Grundstückes, wonach viele Meilen oberhalb belegene Grundstücke überströmendes Flußwasser aufzunehmen und abzuleiten haben.[18]

3. Die Prädialservitut mußte endlich nach altrömischer Auffassung in sich die Gewähr der Dauer haben.

Daher ließ man ursprünglich weder Zeitbestimmungen noch Bedingungen bei der Bestellung der Servituten zu. Mit Anfang der Kaiserzeit aber erhielten solche Nebenbestimmungen Geltung.[14]

Außerdem aber forderte man eine causa perpetua,[15] d. h. die natürliche Beschaffenheit der dienenden Sache mußte den Nutzen der

12) In dem altrömischen Principe, daß die Grundstücke vicina sein, d. h. daß sie unmittelbar an einander stoßen müßten, lag eine außerordentliche Beschränkung der Servituten. Nur allmählich und nur theilweise gelangte man dahin, hiervon abzusehen und sich damit zu begnügen, daß das dienende dem herrschenden Grundstücke Nutzen bringen könne. Für Felddienstbarkeiten hielt man an dem Requisit wahrer Vicinität dauernd fest, l. 7 § 1 D. de serv. praed. rust. 8. 3. Paulus libro 21 ad edictum: In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit. Damit steht die l. 23 § 3 D. eod. von Paulus entschieden nicht im Widerspruche, wie Elvers S. 172 vermeint; denn das ist freilich gleichgültig, ob die Servitut am dazwischen liegenden Grundstücke jure oder patientia, d. h. nach prätorischem Rechte eingeräumt ist. Vgl. übrigens auch l. 14 § 2 D. de serv. 8, 1. Bei Gebäudeservituten, insbesondere Aussichtsgerechtigkeiten, sah man von der Vicinität ab und begnügte sich mit der utilitas servitutis, wie dies wiederum Paulus in der l. 5 D. si serv. vind. 8, 5 hervorhebt, vgl. l. 4 § 8. l. 6 pr. D. eod., l. 1, l. 38, l. 39 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Hiermit stimmt die Aeußerung von Paulus in der l. 8 pr. D. de o. novi nunt. 39, 1 überein: „et servitutes quaedam intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis esse possunt; desgleichen Ulpianus libro 28 ad Sabinum l. 6 pr. D. comm. praed. 8. 4: Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Die Gleichstellung der serv. pr. rust. mit den Urbanalservituten bezieht sich auf die Zulässigkeit der Reservation, nicht auf das Absehen vom Erfordernisse der Vicinität der „aedes". Nur für diese genügt „Utilität" statt „Vicinität". Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 533 will bei reservirten Servituten sowohl von Vicinität als von Utilität absehen. Dies ist aber nicht die Meinung der l. 6 pr. D. cit. Vgl. Pernice Labeo Bd. 3 S. 110. Die neueren Schriftsteller identificiren meist die Vicinität ohne weiteres mit der Utilität, vgl. Elvers § 18, Vangerow Bd. 1 § 340 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 209. Hiergegen namentlich Kohler a. a. O. S. 183, der auch für das B.G.B. an dem Erfordernisse der Vicinität festhält.

13) Wegfall der Vicinität in diesem Sinne behindert zwar die Ausübung der Servitut, bewirkt aber noch nicht deren Untergang, l. 13 D. quemadm. s. a. 8, 6. R.G. Bd. 26 S. 167.

14) l. 4 pr. D. de servit. 8. 1. Vgl. Schrader, Abhandlungen S. 324.

15) Schrader, Abhandlungen S. 307. Perozzi perpetua causa nelle servitu prediali romane in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 14 S. 175 leugnet das Erforderniß der causa perpetua im röm. Rechte, vgl. hierüber Max Weber in der Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 14 S. 290.

Digitized by Google

Servitut gewährleisten.[16] Insbesondere sollten Wasserleitungen und andere Wasserservituten, wodurch Wasserbehälter verändert werden, nur an lebendigen Quellen, nicht an Teichen, die sich auf andere Weise bilden, oder gar an Cisternen bestehen. Ganz folgerecht wurde die Anforderung der causa perpetua indessen nie durchgeführt.[17]

§ 241. Untheilbarkeit der Prädialservituten.[1]

Die Prädialservituten *sind untheilbar*, d. h. sie können sich nicht an *einen bloß ideellen Theil* eines Grundstückes *knüpfen* und nicht einen *bloß ideellen Theil* eines Grundstückes *belasten*.

1. Ein altes römisches Rechtssprüchwort besagt, daß Servituten nicht antheilig *erworben* und nicht antheilig *aufgelegt* werden können.[2] Alle Miteigenthümer des herrschenden und alle Miteigenthümer des dienenden Grundstückes müssen also zur Begründung der Servitut mitwirken. Ursprünglich wurde hierzu gleichzeitiges Handeln der Miteigenthümer erfordert. Nach späterem Rechte reicht es aus, daß sie zu verschiedenen Zeiten einwilligen; der letzte Bestellungsakt konfirmirt die früheren;[3] in der Zwischenzeit dürfen Miteigenthümer der

16) l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sadinum: Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat — neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit —, at quod ex caelo cadit, et si non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi acquae ductus potest: stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. Vgl hierzu Kohler a. a. O. S. 192.

17) l. 1 §§ 5, 7, 8 D. de aqua cottidiana 43, 20, vgl. ferner l. 23 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3, l. 1 § 4 D. de fonte 43, 22. Siehe dann aber auch l. 9 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 2 D. communia praediorum 8, 4.

1) Schrader, Abhandlungen S. 284. Dort wird als gute Dissertation angeführt: Uhland praes. Gmelin diss. de servitutum natura dividua et individua, Tubing. 1810; eine weitere Dissertation ist von Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten — 1852, Titel ohne Jahreszahl, vgl. hierüber Kuntze in der Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 546. Siehe auch Steinlechner, Wesen der juris communio I §§ 15—17, II § 36, David, Untheilbarkeit d. Servit. Inauguraldiss. Tübingen 1888, G. Rümelin, Theilung der Rechte S. 25 und in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 424.

2) l. 32 D. de serv. pr. rust. 8, 3 dici solet „per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse". In l. 11 D. de serv. 8, 1 hat der Spruch die Form „pro parte dominii servitutem adquiri non posse".

3) l. 18 D. communia praediorum 8, 4 Paulus libro 1 manualium. Hier wird noch der Satz festgehalten: si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit. nihil agetur. Ja es wird das von verschiedenen Miteigenthümern ertheilte Legat einer Prädialservitut als ungültig erklärt, wenn die Erbschaften zu verschiedenen Zeiten angetreten werden, also auch die Erwerbung des Legates in verschiedene Zeiten fällt; vgl. Schrader a. a. O. Es sind dies Ueberreste altrömischer Rechtsauffassung.

Digitized by Google

dienenden Sache, welche die Servitut bewilligten, ihrer Ausübung nicht entgegentreten.[4]

2. Die bestehende Servitut wird durch Ereignisse in der Person einzelner Miteigenthümer der herrschenden oder der dienenden Sache nicht berührt — servitus per partes retinetur. Daher erhält sie sich namentlich ganz, wenn ein Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes der Eigenthümer des dienenden oder ein Miteigenthümer des dienenden Eigenthümer des herrschenden Grundstückes wird.[5]

Nur die Beschränkung auf ideelle Theile ist unzulässig; einer Beschränkung der Servitut auf körperliche Theile des herrschenden sowie des dienenden Grundstückes steht dagegen nichts im Wege.[6]

Im Falle körperlicher Theilung des herrschenden Grundstückes ist jedes Trennstück servitutberechtigt.[7] Setzt die Servitut jedoch gewisse Eigenschaften bei der herrschenden Sache voraus, so kann sie nur solchen Trennstücken zukommen, welchen diese Eigenschaft innewohnt.[8] War die Servitut an einen bestimmten Theil des Grundstückes geknüpft, z. B. an den Bauerhof eines Gutes, so verbleibt sie diesem Theil ganz auch nach der Zerstückelung.[9]

Ist die Servitut auf ein bestimmtes Maß beschränkt, so erhält nach der Theilung des herrschenden Grundstückes jede Parcelle einen ihrer Größe entsprechenden Antheil. So ist es z. B. bei einem Weide-

---

4) l. 11 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Celsus libro 27 digestorum: Per fundum, qui plurium est jus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo suptili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

5) l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat. l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Vgl. B.G.B. § 1009.

6) l. 6 D. de servit. 8, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest. l. 6 § 1 D. comm. praediorum 8, 4. R.G. Bd. 14 S. 24. Nach älterem Rechte war wohl auch die Beschränkung der Servitut auf körperliche Theile der Sache unzulässig; vgl. Schrader a. a. O.

7) l. 6 § 1 D. quemadmodum servit. amittuntur 8, 6. Celsus libro 5 digestorum ... Celsus respondit: si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit. Vgl. Steinlechner a. a. O. Bd. 1 S. 59 Anm. 1, S. 60 Anm. 1 und dort Angeführte. B.G.B. § 1025.

8) An einer Sommerweide z. B. kann ein Trennstück des herrschenden Gutes nur participiren, wenn es im Stande ist, mit seinen Futtermitteln wenigstens ein Stück Vieh zu überwintern. Denn die Fähigkeit Vieh zu überwintern, ist Voraussetzung des Weiderechtes.

9) Vgl. hierzu B.G.B. § 1025 Satz 2: Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Theile zum Vortheile, so erlischt sie für die übrigen Theile.

Digitized by Google

rechte mit einer bestimmten Stückzahl Vieh.[10] War dagegen die Servitut eine unbemessene, z. B. eine Wegegerechtigkeit, so haben die Eigenthümer jeder Parcelle gleichmäßig das volle Recht. Würde indessen hierdurch die Lage des belasteten Grundstückes erheblich erschwert, so muß auch bei unbemessenen Servituten angemessene Theilung der Ausübung eintreten. Im Falle der Theilung des dienenden Grundstückes haftet die Servitut an jedem Trennstücke. Ruhte dieselbe aber auf einem bestimmten Theile des Grundstückes, so werden im Falle der Trennung die übrigen Theile frei.[11]

Die Untheilbarkeit der Servitut hindert nicht, daß sie, sei es durch Vertrag, sei es in Folge Verjährung auf einen bestimmten Grundstückstheil eingeschränkt wird.[12]

II. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.

§ 242. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte.

I. Nach gemeinem Rechte kann man beliebige Arten von Grunddienstbarkeiten hervorrufen, sofern nur ihre allgemeinen Voraussetzungen vorhanden sind. An die einzelnen römischen Typen ist man hierbei nicht gebunden.[1] So auch nach B.G.B.

Daher bemißt sich der Inhalt der Servituten vornehmlich nach der Vereinbarung; wenn sie in einer Ersitzung wurzeln, nach der Ausübungsweise während der Ersitzungszeit.[2] Des weiteren ist der lokale Brauch zu berücksichtigen. Nur soweit es hiernach an einer Norm fehlt, sind die römischen Entscheidungen über den Inhalt einzelner Arten von Servituten maßgebend.

II. Auch ohne besondere Vereinbarung gelten aber alle Befugnisse

---

10) l. 25 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquae ductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est ita, ut eam solam partem fundi. quae pretiosissima sit aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur, sed pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquae divisio.

11) l. 6 § 1a D. quemadmodum serv. am. 8, 6. Ebenso B.G.B. § 1026.

12) R.G. Bd. 14 S. 211. l. 6 § 1 D. q. serv. am. 8, 6. Vgl. auch B.G.B. § 1023.

1) Tit. Dig. de serv. pr. rust. 8, 3. — Die Römer erkannten nur bestimmte Typen von Servituten an. Jede neue Art mußte sich die rechtliche Anerkennung gleichsam erkämpfen. Anderer Ansicht Elvers a. a. O. S. 134, allein im Widerspruch mit der Gesammthaltung der Quellen. Modifikationen der einzelnen Arten durch Privatbelieben ließ man zu, l. 4 §§ 1 und 2 D. de serv. 8, 1.

2) Daher der Spruch: tantum praescriptum, quantum possessum, R.G. Bd. 1 S. 335.

Digitized by Google

als eingeräumt, ohne welche die Servitut nicht zweckentsprechend ausgeübt werden kann — die s. g. adminicula servitutis.

III. Die erste Stelle haben nach Alter und allgemeiner Wichtigkeit die Wegerechte.[3] Die Römer kennen drei Arten:[4]

1. Iter — Fußsteig, das Recht zu gehen, zu reiten,[5] sich in einer Sänfte tragen zu lassen. Das Recht ist also für den Transport von Personen, nicht für denjenigen von Sachen bestimmt.

2. Actus — das Recht, Vieh, auch ungekoppelt, über das dienende Grundstück zu treiben. Die Befugniß, beliebig zu gehen, ist in der Regel eingeschlossen. Der actus kann aber derart eingeschränkt sein, daß man nur zu den Zwecken des Viehtreibens gehen darf.[6] Selbst das Recht zum Fahren gilt als im actus inbegriffen, es kann aber ausgeschlossen werden.

3. Via endlich ist das Recht zu fahren. Sie enthält in der Regel auch die Befugniß, Vieh zu treiben und zu gehen.

Die regelmäßige Breite der via ist 8 Fuß und in der Umbiegung — in anfractum — 16 Fuß. Der Weg kann jedoch breiter oder schmaler sein, sofern er nur zum Fahren ausreicht. Es ist zulässig, Steine und Balken zu schleifen und Stangen zu tragen, jedoch unter Schonung der Früchte.[7]

Viele Neuere behaupten, via sei eine hergerichtete Straße.[8]

---

3) Vgl. Puchta, über die Wegservituten des römischen Rechtes in den kleinen Schriften n. 4, Elvers a. a. O. S. 385.

4) l. 1 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3. Ulpianus libro 2 institutionum: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquae ductus, iter est jus eundi ambulandi homini, non etiam jumentum agendi, actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet. qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet.

5) l. 7, l. 12 D. h. t. 8, 3 nach römischer Landesart. Für das Gehen ist der Italiener auch heute nicht. Der Fremde geht, der Italiener reitet oder fährt.

6) Es findet sich eine Antinomie über die Frage, ob ein actus „sine itinere" möglich ist. Ulpianus libro 17 ad edictum l. 4 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 spricht sich dafür aus: Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. Anderer Ansicht scheint Paulus libro 3 ad Sabinum l. 1 D. de adimendis legatis 34, 4: Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest. Paulus denkt an Entziehen des Gehens „schlechthin", dies würde den actus unmöglich machen, Ulpian wohl nur an das Entziehen des Rechtes zu „beliebigem" Gehen. Doch sind die Ansichten sehr getheilt. Siehe die verschiedenen Erklärungsversuche bei Vangerow Bd. 1 § 341 S. 718.

7) Vgl. über die via l. 8, l. 13 §§ 2, 3, l. 23 pr. D. h. t. 8, 3, l. 6 § 1d D. quemadmodum serv. am. 8, 6, l. 7 D. h. t. 8, 3. Ueber hastam rectam ferre siehe Glück Bd. 10 S. 162, Vangerow Bd. 1 § 341 S. 720.

8) So zuerst Puchta, kleine civ. Schriften S. 125, dann Elvers S. 396, Brinz Bd. 1 S. 769, Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 498, vgl. Windscheid Bd. 1 § 211. Die Ansicht Puchtas hat keine Unterstützung in den Quellen, namentlich nicht in der

Digitized by Google

Dies entspricht den Quellen nicht. Actus und via unterscheiden sich vorzugsweise dadurch, daß dort das Fahren, hier das Viehtreiben fehlen kann. Sie stehen sich aber in ihrer regelmäßigen Erscheinung außerordentlich nahe.

In Deutschland kennt man Fußsteig, Viehtrift, Fahrweg und wendet die römische Theorie entsprechend an. Aber der Fußsteig giebt nicht das Recht zum Reiten, die Viehtrift, d. h. das Recht, Vieh ungekoppelt zu treiben, nicht die Befugniß zum Fahren, und der Fahrweg ermächtigt nicht, ungekoppelt Vieh zu treiben.[9]

Der Wegzug ist entweder ein bestimmter — determinirter — oder ein wandelbarer — indeterminirter.

Ist er noch unbestimmt, so kann jeder Theil dessen Feststellung betreiben, es sei denn seine ständige Wandelbarkeit bedungen. Die Feststellung des Weges steht dem Wegeberechtigten zunächst zu, jedoch so, daß er die Interessen der dienenden Sache schont.[10] Weigert er sich der Bestimmung oder geschieht sie in unangemessener Weise, so liegt sie dem Richter ob.[11]

Ist der Weg rechtsgültig bestimmt, so werden die übrigen Theile des belasteten Grundstückes frei.[12] Sie werden nicht wieder dienstbar, wenn der bestimmte Wegzug später wegfällt, z. B. durch Abspülung seitens des Flusses oder durch Zusammenbruch.

Durch stetige Uebung kann der Wegzug endgültig fixirt werden.[13]

---

für sie angeführten l. 9 D. de serv. 8, 1. Ja sie steht mit ihnen in Widerspruch. Ihre Unrichtigkeit erhellt aus l. 6 § 1 D. q. s. a. 8, 6. Celsus libro 5 Digestorum: Ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quam libet partem fundi ire agere liceat, idque vel subinde mutare nihil prohibet atque ita divisus est fundus: si per quamlibet ejus partem aeque ire atque agi possit, tunc perinde observabimus atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. Celsus behandelt an diesem Orte den Einfluß der körperlichen Theilung des dienenden Grundstückes auf die Servitut. Hierbei geht er davon aus, daß die via, gerade wie dies bei anderen Wegservituten der Fall ist, eben so gut einen unbestimmten Wegzug haben kann wie einen bestimmten. Dies ist aber mit der „hergerichteten Straße" nicht vereinbar.

9) Sommer im Archiv für civ. Praxis Bd. 3 n. 20.

10) l. 9 D. de serv. 8, 1. Celsus libro 5 Digestorum. Die l. 26 D. de serv. pr. rust. 8, 3. nach welcher der Erbe — also der Eigenthümer der dienenden Sache — den Wegzug bestimmen soll, wenn eine Wegegerechtigkeit vermacht ist, bezieht sich auf ein Damnationslegat.

11) l. 13 § 3 D. h. t. 8, 3.

12) l. 13 § 1 D. h. t. 8, 3. Javolenus libro 10 ex Cassio: Si totus ager itinere aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit. caeterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.

Digitized by Google

Der Wegeberechtigte ist zur Herstellung des Weges und zur Vornahme der für den Weg nöthigen Anlagen auf dem dienenden Grundstücke befugt.[14 15]

§ 243. Andere Felddienstbarkeiten.

1. Das Recht der Wasserleitung — s. aquaeductus[1] — hat zum Inhalte die Leitung von Wasser a u s einem fremden Grundstücke[2] oder über dasselbe. Es gewährt gleichsam einen Weg für das Wasser.[3]

Die Wasserleitung steht bald stetig zu, bald nur zu Zeiten z. B. zur Sommerszeit — aqua aestiva[4] — oder zur Frühjahrsbewässerung oder nach Tagen oder nach Stunden oder sonst beschränkt.[5]

Die Leitung geschieht entweder in Röhren oder in offenen Gräben. Ausmauern der Gräben muß besonders bedungen sein, sonst ist es unzulässig.[6] Verwandlung von offenen Gräben in geschlossene ist in der Regel gestattet, trotzdem hierdurch dem Eigenthümer der dienenden Sache die Möglichkeit der Wassernutzungen entzogen wird. Denn auf diese hat er kein Recht.[7]

Das Recht zum Wasserschöpfen — s. aquaehaustus — kann gleichfalls Prädialservitut sein. Dies war lange bei den Römern streitig, weil besondere Schöpfvorrichtungen nöthig sind, die causa perpetua also zu fehlen schien.[8] Selbstverständlich schließt die Schöpfservitut den Zu-

13) R.G. Bd. 2 S. 159.

14) l. 10 D. de serv. 8, 1, l. 4 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

15) Zu den Wegerechten gehört die l. 23 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3 erwähnte Servitut, ein privates Gewässer zu befahren.

1) l. 1 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vgl. Keller, Pandekten § 166 und dort citirte Dissertationen.

2) l. 4 D. de aqua cottid. 43, 20. Dahin gehört auch der s. g. „Verkauf einer Quelle", Regelsberger Bd. 1 S. 432.

3) l. 15 D. h. t. 8, 3, l. 8 D. de aqua cott. 43, 20 „iter aquae".

4) Vgl. l. 1 §§ 2 und 3, l. 5 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20.

5) Die Leitung kann eine indeterminirte sein, l. 21 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Bezüglich der Determination sind die bei den Wegservituten geltenden Grundsätze analog anzuwenden; vgl. l. 8 D. de aqua cott. 43, 20.

6) l. 17 § 1 D. de aqua et aquae a. 39, 3; vgl. auch l. 1 § 10, l. 3 § 1 D. de rivis 43, 21.

7) l. 2 D. de rivis 43, 21. Paulus libro 66 ad edictum; Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex jure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset; vgl. l. 3 pr. D. eod.

8) l. 2 D. comm. praediorum 8, 4, l. 4, l. 20 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 4 § 6 D. si serv. vind. 8, 5.

Digitized by Google

tritt zum Gewässer in sich,[9] desgleichen das Recht der Einrichtung der zum Wasserschöpfen nöthigen Anstalten.

In ähnlicher Weise begreift das Recht der Viehtränke — jus pecoris ad aquam appulsus — eine Viehtrift in sich, soweit sie zur Benutzung der Tränke erforderlich ist.[10]

2. Felddienstbarkeiten, welche den Raum des Nachbargrundstückes in Anspruch nehmen, sind: Rechte der Anlage einer Hütte[11] oder einer Stallung oder des Aufhäufens von Steinen oder anderen Materialien auf dessen Boden.[12] Auch das Recht kommt vor, die Früchte unseres Grundstückes in der Scheune des Nachbars aufzubewahren,[13] unseren Wein in dessen Kelter zu keltern.

3. Rechte auf Entnahme von Produkten aus dem Nachbargrundstücke, z. B. von Holz, Weide,[14] Steinen, Ziegel,[15] wurden wohl erst in der Kaiserzeit als Prädialservituten anerkannt.

Servituten dieser Art, insbesondere auch die Holz- und Weideservituten waren nach römischem Rechte wenig entwickelt. Insbesondere legte ihnen das strikte Erforderniß der Vicinität Fesseln an.[16]

In Deutschland sind Forst- und Weideservituten üppig emporgesprossen. Ihre Darstellung geschieht im deutschen Privatrechte. Dort ist auch zu zeigen, daß diese Servituten in der neueren Zeit vielfach als kulturschädlich beseitigt wurden.

§ 244. Gebäudeservituten.[1]

Gebäudeservituten knüpfen an das herrschende Gebäude theils Rechte zu baulichen Konstruktionen, theils zu Immissionen, theils Verbietungsrechte. Sie sind bald an ein bestimmtes Gebäude gebunden, so daß sie von dessen Erhaltung oder wenigstens dessen Ersetzung durch ein anderes ver-

---

9) l. 3 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 10 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

10) Vgl. noch l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 und Keller a. a. O. § 166 am Ende.

11) l. 6 § 1 in fine D. de serv. pr. rust. 8, 3.

12) l. 3 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

13) l. 3 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

14) l. 4 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

15) l. 1 § 1, l. 5 § 1, l. 6 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

16) l. 5 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Die Grundbesitzer halfen sich daher, wo es an öffentlichen Gemeindeweiden fehlte, unter Umständen durch Ankauf gemeinsamer Weidegründe, l. 20 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

1) Tit. Dig. de serv. praed. urb. 8, 2. Keller, Pand. §§ 169 ff. und dort Citirte; Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 161 ff.

Digitized by Google

wandter Konstruktion abhängig sind,[2] bald stehen sie jedem Gebäude auf dem bezüglichen Platze zu, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit.

1. Hierher gehörige Anlagen bilden entweder Ueberbau — projectum — oder Einbau — immissum.[3]

Rechte des Ueberbaues — s. protegendi et projiciendi — legitimiren zu Anlagen im Luftraume des Nachbargrundstückes, z. B. zu Erkern, vorspringenden Stockwerken, überragenden Dächern, übergreifenden Läden oder Fensterflügeln.[4]

Rechte des Einbaues ermächtigen namentlich dazu, Balkenköpfe — tigna — oder auch andere Gebäudetheile auf dem Nachbargrundstücke ruhen zu lassen. Sie beschränken sich entweder auf die Befugniß zum Einlegen des Balkens — s. tigni immittendi[5] — oder sie verbinden auch — als s. oneris ferendi — den Eigenthümer des Nachbargrundstückes zur Reparatur der Stütze. Die Stütze kann eine Wand, ein Pfeiler, eine Säule sein. In Ermangelung anderer Vereinbarung geht die Reparaturpflicht auf Herstellung des früheren Zustandes.[6] Dem Servitutberechtigten liegt während der Reparatur die Unterstützung des eigenen Gebäudes ob.[7] Miteigenthümer des dienenden Grundstückes haften, wenn es zu einer Geldverurtheilung wegen Unterlassung der Reparatur kommt, nur zum entsprechenden Theile.[8]

Ob eine servitus tigni immittendi oder oneris ferendi beabsichtigt ist, dies ergaben in Rom regelrecht die Formeln der Bestellung. Der deutsche Sprachgebrauch kennt ähnliche bestimmte technische Ausdrücke nicht. Daher wird leicht zweifelhaft, welche dieser Servituten beabsichtigt ist. Der reallastbildenden Tendenz des deutschen Rechtes entspricht es,

---

2) l. 20 § 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2; vgl. Ihering, Geist des römischen Rechtes II 4. Aufl. S. 229 Anm. 357 und andererseits Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 162.

3) l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16. Javolenus libro 2 ex posterioribus Labeonis: Inter „projectum“ et „immissum“ hoc interesse ait Labeo, quod projectum esset id quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia maeniana — Erker — et suggrundae — Wetterdächer — essent: immissum autem quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitteretur.

4) l. 2 D. h. t. 8, 2, l. 8 § 1 D. si serv. vind. 8, 5; vgl. l. 29 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

5) Vgl. l. 6 D. h. t. 8, 2. Eine gegenseitige servitus tigni immittendi, die durch Theilung eines Hauses mit einheitlichem Gebälk entstand, erwähnt l. 36 D. h. t. 8, 2.

6) Siehe oben § 236 Anm. 5 ff. Vgl. l. 6 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

7) l. 8 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

8) l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5. Die Reparatur liegt dem Eigenthümer, l. 6 § 3 D. eod. — wie auch dem Eigenthumsbesitzer der dienenden Sache ob.

Digitized by Google

im Zweifel dem Eigenthümer der dienenden Sache die Reparaturpflicht aufzuerlegen.

Als Servitut des Einbaues kommt ferner vor das Recht, Fenster in der Wand des Nachbars anzubringen.[9]

Auch das Recht, ein Stockwerk, einen Keller oder Speicher des Nachbarhauses zu den Zwecken unseres Hauses ausschließlich zu benutzen,[10] eine Mauer dort zu haben, findet sich als Prädialservitut.[11]

2. Gebäudeservituten bilden weiter Rechte zu Immissionen. Dahin gehört das Recht der Dachtraufe — s. stillicidii recipiendi oder immittendi — d. h. das Recht, das Regenwasser von unserem Gebäude auf das Nachbargrundstück abtropfen zu lassen, ferner das Recht, das von unserem Gebäude abfließende Regenwasser durch eine Rinne in einem Strahle — s. fluminis — auf das Nachbargrundstück zu führen. Erschwerungen der Dachtraufe durch Veränderungen des herrschenden Gebäudes sind nicht gestattet. Als Erschwerung gilt dessen Erniedrigung, nicht aber dessen Erhöhung, ferner die Vorschiebung des Gefälles, nicht aber dessen Zurückziehung.[12] Auch das Recht, eine Kloake zum Abfluß von Unreinigkeiten durch das Nachbargrundstück zu führen, ist nichts Seltenes.[13] Es sind ferner Servituten möglich, wonach der Nachbar ungewöhnlichen Rauch oder Dunst aufnehmen muß.[14]

3. Eine dritte Klasse bilden Verbietungsrechte.

Dahin gehört das Recht auf Licht — ne luminibus officiatur —, so daß der Ausblick aus unseren Fenstern oder Balkons auf den Himmel gesichert wird.[15] Im Zweifel kommt diese Servitut nicht bloß bestehenden, sondern auch künftig anzulegenden Fenstern zu gute.[16] Der Lichtservitut verwandt ist die Aussichtsgerechtigkeit

9) l. 40 D. h. t. 8, 2, l. 8 C. de serv. 3, 34. In der l. 4 D. h. t. 8, 2 spricht Paulus von einer servitus luminum. „Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.“ Damit ist aller Wahrscheinlichkeit nach nichts Anderes gemeint als das Recht, in fremder Wand Fenster anzulegen. Dies nehmen auch die meisten Schriftsteller an. Es sind jedoch die Meinungen getheilt. Vangerow Bd. 1 § 342 erörtert nicht weniger als zwölf Erklärungsversuche.

10) l. 47 D. de damno infecto 39, 2. Seuffert, Archiv Bd. 29 n. 11.

11) Es handelt sich hier also um superficiarische Rechte, welche aktiv an ein Grundstück geknüpft sind.

12) l. 20 §§ 3 ff., l. 2 D. h. t. 8, 2. Varro de lingua latina V. 27: Fluvius, quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur: stillicidia fluminaque ut fluant ita cadantque. Inter haec hoc interest, quod stillicidium eo quod stillatim cadat, flumen quod fluit continue.

13) l. 7 D. de serv. 8. 1; vgl. l. 1 §§ 4 und 6 D. de cloacis 43, 23.

14) l. 8 §§ 5 in fine ff. D. si serv. vind. 8, 5; vgl. unten Anm. 23.

15) l. 15, l. 16, l. 17 pr. §§ 1—3 D. h. t. 8, 2.

16) l. 22, l. 23 pr. D. h. t. 8, 2.

Digitized by Google

— ne prospectui officiatur[17] —, die uns eine bestimmte Aussicht sichert. Durch beide Gerechtigkeiten sind wie Bauten, so auch Pflanzungen und Aufstapelungen von Materialien ausgeschlossen, wenn sie Licht oder Aussicht benehmen.[18] Dagegen steht die servitus altius non tollendi nur dem Höherbauen entgegen. Sie hindert je nach der Vereinbarung bald das Höherbauen schlechthin, bald nur das Bauen über eine gewisse Höhe hinaus.[19]

4. Häufig erwähnen die Quellen eine servitus altius tollendi, desgleichen die s. luminibus officiendi, stillicidii non avertendi.

Dies scheinen Räthsel! Denn das Recht zum Höherbauen und die Befugniß, Nachbargrundstücken Licht zu versperren oder Regenwasser nicht aufzunehmen, ist Ausfluß des Eigenthumsrechtes an unserem Grundstücke. Was bedarf es also einer Servitut, um uns derartige Rechte zu geben? Nach einer Erklärung durch die römischen Juristen sucht man vergebens. Die Neueren haben sehr verschiedene Ansichten. Zwei Ansichten sind hier hervorzuheben:

a) Die eine geht dahin, daß die Beseitigung der bisher auf einem Grundstücke lastenden servitus altius non tollendi von den Römern nicht als Befreiung, sondern als Begründung einer neuen positiven Servitut „altius tollendi" aufgefaßt worden sei. Die servitus altius non tollendi, nimmt man an, habe dem Grundeigenthume einen Eigenthumsbestandtheil entzogen, die Wiedergewinnung desselben sei folgerecht Erwerb eines positiven Rechtes.[20]

Dies entspricht aber nicht dem Princip, wonach die Servitut das Eigenthum zwar beschränkt, aber ihm nichts endgültig entzieht.[21] Ein Mißgriff wäre es auch in praktischer Beziehung, das Recht des Grundeigenthümers zum Bauen in seinem Grundstücke für alle Zeiten um deswillen als Servitut zu behandeln, weil irgend einmal eine entgegengesetzte Servitut bestand.[22]

b) Das Richtige ist folgendes. In den römischen Gemeinden bestanden zahl-

17) l. 3, l. 12, l. 16 D. h. t. 8, 2.

18) l. 12 D. h. t. 8, 2. Javolenus libro 10 ex Cassio: Aedificia, quae servitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt: at si de prospectu est eaque obstatura sunt, non possunt, l. 32 pr. D. h. t. 8, 2. l. 8, l. 9 C. de serv. 3, 34.

19) Kann als Servitut das Recht bestellt werden, daß im Nachbarhause ein gewisses Gewerbe nicht betrieben wird? Dies ist nicht zu bezweifeln, wenn das Verbot dem herrschenden Grundstücke von Vortheil ist, z. B. die Feuersgefahr, welche sich an gewisse Gewerbe knüpft, beseitigt. Dagegen ist eine derartige Prädialservitut nicht anzuerkennen, wenn es sich nur um ein Konkurrenzverbot handelt, welches dem persönlichen Gewerbebetriebe des derzeitigen Eigenthümers, nicht aber dem herrschenden Grundstücke zu gute kommt; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 20 n. 15.

20) Hauptvertreter dieser Ansicht sind in neuerer Zeit Vangerow Bd. 1 § 342 Anm. 3 und Keller, Pand. § 172; siehe auch Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 278.

21) Vgl. oben § 237. Die römischen Juristen stehen entschieden auf dieser Seite, l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum . . . si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

22) Vgl. gegen Vangerow Max Cohn: über die servitus altius tollendi im Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 n. 8. Dort werden auch andere Ansichten kritisirt.

Digitized by Google

reiche lokale Bauordnungen. Sie beschränkten bauliche Anlagen theils im öffentlichen Interesse, dann waren sie zwingender Natur; theils bloß zu Gunsten der Nachbarn, dann konnten sie durch Gegenrechte außer Kraft gesetzt werden. Solche Gegenrechte nannte man s. altius tollendi, luminibus officiendi. Sie entstanden durch Vertrag oder Ersitzung. Sie bildeten wahre Servituten. Gingen sie unter, z. B. durch Konfusion, Nichtgebrauch, so wurde der gesetzliche Normalzustand wiederhergestellt.[23] [24]

Drittes Kapitel.

Die persönlichen Servituten.

§ 245. Die Arten der Personalservituten.

Die Prädialservituten dienen der Ausstattung eines Grundstückes, die Personalservituten der Ausstattung einer Person. Den Prädialservituten ist Perpetuität, den Personalservituten die Beschränkung auf Zeit natürlich. Die Prädialservituten ferner haben regelrecht nur eine begrenzte Nutzung der dienenden Sache zum Inhalt, die wichtigste der Personalservituten dagegen gewährt deren volle Nutzung.

Die Römer kennen vier Typen von Personalservituten, vor allem usus fructus, außerdem eingeschränktere Nutzungsrechte, nämlich usus, habitatio sowie operae servorum und animalium.

Der Nießbrauch ist die bei weitem häufigste Art der Personalservituten. Er ist auch die älteste.[1]

---

23) Hierin zeigt es sich, daß es sich bei derartigen Gegenrechten nicht um Aufhebung von „Beschränkungen", sondern um besondere das Eigenthum erweiternde Rechte handelt. — In ähnlicher Weise wird in l. 2 § 10 D. de aqua et aquae 39, 3 eine Servitut gegenüber den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen in Betreff des Abflusses des Regenwassers erwähnt. Denselben Charakter hat die Servitut, wonach man dem Nachbargrundstücke in außergewöhnlicher Weise Rauch und Dampf zuführen darf, l. 8 § 7 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. oben § 199 Anm. 6 ff.

24) Auf einen bezüglichen Fall hat Max Cohn a. a. O. aufmerksam gemacht. Es war, wie bereits oben — § 200 Anm. 10 — bemerkt wurde, vielfach Lokalstatut römischer Städte, daß bei Neubauten „forma ac status antiquorum aedificiorum" nicht zum Nachtheile der Nachbarn verlassen werden dürfe. Daß Servituten erworben werden konnten, welche die Abweichung von dieser Norm rechtfertigen, geht aus der l. 1 C. de servitutibus 3, 34 von Antoninus aus dem Jahre 211 hervor. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet. Der erste Satz des Reskriptes weist den Anfragenden darauf hin, daß der Nachbar gegen Bauten, die ihm der alten Norm entgegen das Licht entziehen, negatorisch klagen könne. Aber der zweite Satz wahrt die Möglichkeit des Erwerbes eines Gegenrechtes durch Ersitzung. Vgl. auch Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 529.

Digitized by Google

Personalservituten entstehen überwiegend durch letztwillige Verfügungen.[2] Doch ist auch Bestellung unter Lebenden sowie Adjudikation durch den Theilungsrichter möglich. Nießbrauchsrechte entstehen endlich oft in Folge familienrechtlicher Beziehungen von Rechtswegen. Es gehört hierher namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an dem Vermögen seiner Hauskinder. Der gesetzliche Nießbrauch hat mehrfache Eigenthümlichkeiten.[3] —

Außer dem eigentlichen Nießbrauch — verus usus fructus — findet sich ein uneigentlicher — quasi usus fructus. Der uneigentliche Nießbrauch ist kein dingliches Recht an fremder Sache, wie der eigentliche Nießbrauch. Er verfolgt die Zwecke des Nießbrauches, dem Einen das Kapital zu sichern, dem Anderen den Ertrag der Zwischenzeit zu gewähren in anderen Formen.

§ 246. Der Nießbrauch.[1]

Der Nießbrauch — usus fructus — ist das an eine Person geknüpfte dingliche Recht auf Gebrauch und Fruchtgenuß einer fremden körperlichen Sache unter Wahrung ihrer Substanz.[2]

Dem Nießbraucher gebührt der zeitige Ertrag der Nießbrauchsache, dem Proprietar verbleibt sie für die Dauer. Der Nießbraucher hat die Gegenwart für sich, der Proprietar die Zukunft.

Der Nießbrauch ist höchstpersönlich,[3] also unvererblich und unveräußerlich.

---

1) Eine andere Ansicht hat Puchta, Pand. § 179 und Institutionen Bd. 2 § 255. Puchta gilt der usus als die normale und ursprüngliche Personalservitut, der usus fructus als dessen spätere Erweiterung. Dies stimmt mit den Quellen nicht überein. Das prätorische Edikt insbesondere beschäftigte sich zunächst mit dem usus fructus. l. 1 pr. D. usufr. quemadmodum 7, 9 und nur anhangsweise mit dem usus l. 5 § 1 D. eod. Auch entspricht der Ususfrukt einem allgemeinen und nothwendig früh hervortretenden Bedürfnisse, der Usus empfiehlt sich mehr in besonderen Fällen und hat etwas Künstliches. Er ist daher entschieden die jüngere Art.

2) Die cautio usufructuaria wurde im prätorischen Edikte allein im Falle des „usus fructus legatus" gefordert, was darauf schließen läßt, daß bei deren erster Aufstellung andere Bestellungsweisen nicht bekannt waren; vgl. l. 1 D. usufruct. quemadmodum 7, 9, Lenel, edictum S. 296.

3) B.G.B. hat auch den Ausdruck vermieden, es spricht statt dessen von „Nutznießung".

1) Heinrich Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch 1864, nicht im Buchhandel verbreitete Inauguralschrift, nach dem Tode des Verfassers 1880 wieder abgedruckt. Von Aelteren ist hier zu erwähnen Noodt, de usufructu libri II opp. tom. I.

2) Die bekannte römische Legaldefinition ist von Paulus libro 3 ad Vitellium l. 1 D. de usu fructu 7, 1; Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. So auch pr. J. de usu fructu 2, 4.

3) l. 3 § 3 D. quibus modis usus fructus 7, 4 „personae cohaeret". Seh

Digitized by Google

a) Die Unvererblichkeit beschränkt den Nießbrauch auf Zeit, da in Folge derselben mit dem Tode des Nießbrauchers das volle Eigenthum wieder auflebt.

Nach älterem Rechte gehörte die Unvererblichkeit zum Wesen des Nießbrauches. Er sollte nur temporär sein, damit keine Entwerthung des Eigenthumes eintrete. Im späteren klassischen Rechte aber ist die Unvererblichkeit bloß die Regel. Jetzt wurde es möglich, den Nießbrauch auf die Erben des Nießbrauchers zu erstrecken.[4] Offenbar hat das Beispiel der Superficies und der Emphyteusis, welche als vererbliche dingliche Nutzungsrechte Anerkennung fanden, hierauf eingewirkt. Zwar ist der Nießbrauch eines jeden Erben ein neuer, so daß es auch neuer Kaution bedarf. Aber dies ändert nichts an der Thatsache, daß der vererbliche Nießbrauch die Konsolidation des Eigenthumes in unabsehbare Ferne hinausrückt, was das frühere Recht verhüten wollte.

b) Das Recht des Nießbrauches ist unveräußerlich. Seine Ausübung aber wurde veräußerlich.[5] Die Ausübung

---

wichtig war für das ältere römische Recht, daß der Nießbrauch durch jede capitis deminutio unterging; vgl. oben § 50 Ziff. 6. Dies galt also auch für die minima c. d. Justinian aber verordnete, daß diese Folge nur bei der capitis deminutio maxima und media eintreten solle. l. 16 §§ 2 und 3 C. de usu fructu 3, 33.

4) Dies ist freilich bestritten. Manche Schriftsteller nehmen an, es sei nur zulässig geworden, den Nießbrauch auf die Person „des nächsten Erben" zu erstrecken. Vgl. Pfersche in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 526. Aber die unbeschränkte Vererblichkeit ergiebt l. 5 pr. D. quibus modis usus fructus 7, 4. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte: nisi forte heredibus legaverit; vgl. l. 38 § 12 D. de verb. obl. 45, 1. Die l. 14 C. de usu fructu 3. 33, beweist die behauptete Beschränkung nicht. Sie behandelt eine specielle Frage. Es war unter den römischen Juristen streitig, wie das Legat unter Vorbehalt des Nießbrauches für die Erben des Erblassers aufzufassen sei, und diese Frage entscheidet Justinian dahin, daß der Vorbehalt nur zu Gunsten des nächsten, nicht der entfernteren Erben gemeint sei. In der That wäre das Legat im Falle der Erstreckung des Nießbrauches auf alle, auch die entfernteren Erben des Erblassers fast werthlos. Aus dieser Interpretationsregel ist ein allgemeines Prinzip nicht zu gewinnen. So Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 7. B.G.B. § 1061 bestimmt vorbehaltlos: „Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers."

5) Einige Schriftsteller nehmen an, im jüngsten römischen Rechte sei die Veräußerung des Rechtes selbst, nicht bloß diejenige der Ausübung des Nießbrauches zulässig geworden. So Dernburg der Aeltere in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 2 und Elvers a. a. O. §§ 27 und 28; vgl. auch Blume in Iherings Jahrb. Bd. 34 n. 5. Dem ist nicht beizutreten. Vgl. Arndts, civ. Schriften Bd. 1 n. 18, Berthold Haase in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 249. Besondere Beachtung verdient die l. 66 D. de jure dotium 23, 3 Pomponius libro 8 ad Quintum Mucium: Si usus fructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum

Digitized by Google

kann verpachtet, sie kann auch ein für allemal, sei es entgeltlich, sei es unentgeltlich, abgetreten werden. Daher ist auch Verpfändung und Pfändung der Ausübung des Nießbrauches zulässig.[6] Nießbrauchs-Cessionare und Nießbrauchs-Pfandgläubiger haben dinglichen Schutz.[7]

Trotz der Abtretung und Ausübung des Nießbrauches bleibt das Recht an die Person des ursprünglichen Nießbrauchers geknüpft.[8] Es erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers; der Tod des Cessionars dagegen berührt es nicht, vielmehr geht die Ausübung auf dessen Erben über.[9] Auch bleibt der ursprüngliche Nießbraucher dem Proprietar verantwortlich und kautionspflichtig. Es ist seine Sache, sich durch Kaution des Nießbrauchs-Cessionars zu decken.[10]

Gegenstand des Nießbrauches können Mobilien wie Immobilien sein, sofern sie ohne Antastung der Substanz nutzbar sind. Nicht nothwendig

---

quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Die Stelle bezeugt bestimmt, daß das Nießbrauchsrecht an die Person des Nießbrauchers gebunden ist und daß nur die Ausübung übertragen werden kann. Ueber diesen Satz sind die Römer einig. Ihn bestätigen die Institutionen § 3 J. de usu fructu 2, 4 „cedendo extraneo nihil agitur". Bezüglich eines anderen Punktes bestand aber eine Streitfrage, die aus alter Zeit stammt und in die justinianische Kompilation nur durch Zufall und Uebersehen hineinragt. Einige Juristen — zu ihnen gehört Pomponius nach der l. 66 cit. — nehmen Untergang des Ususfruktes an, wenn er einem Fremden, d. h. dem Nichtproprietar cedirt werde. Sie zerlegten die in jure cessio an den Fremden in zwei Willensakte, nämlich in die Prätention des Erwerbes seitens des Fremden und in die Absicht des Verzichtes auf den Nießbrauch seitens des Nießbrauchers. So kamen sie zu dem Resultate, daß der Verzicht vernichtend wirke, obgleich der Fremde nichts erwerbe. Im Hintergrunde stand wohl die Absicht, eine Form zu gewinnen, um sich des Ususfruktes, wenn seine Lasten die Vortheile überwogen, ohne Zustimmung des Eigenthümers zu entschlagen, vgl. unten § 254 Anm. 13. Andere Juristen hingegen betrachteten die Cession des Nießbrauches an den Fremden als einen Akt, der folgerecht ganz ungültig sei und nichts wirke. So Gaj. Inst. II. § 30 „creditur ea cessione nihil agi". Dies ist justinianisches Recht § 3 J. cit. Ueber die verschiedenen Versuche, die Antinomie auszugleichen, vgl. Vangerow Bd. 1 § 344 S. 739. Auch B.G.B. § 1059 bestimmt: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar, die Ausübung des Nießbrauches kann einem Anderen überlassen werden."

6) C.P.O. § 857 Abs. 3.

7) l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 458; Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 191 Anm. 1; Haase a. a. O. Nach dem Recht des B.G.B. gilt dies nicht.

8) Der Cedent des Nießbrauches giebt durch die Cession das Recht auf, dem Nießbrauch ohne Einwilligung des Cessionars zu entsagen. Die Konsolidation des Nießbrauches durch Erwerb des Eigenthumes kann dem bisherigen Nießbraucher das Recht nicht geben, seinem Cessionar die Nutzung zu entziehen. Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4, R.G. Bd. 16 S. 110.

9) Hat der Erblasser den Nießbrauch Jemandem unter der Auflage vermacht, ihn einem Fideikommissar abzutreten, so erwirbt der Fideikommissar in Folge der Restitution einen selbständigen Nießbrauch und nicht bloß die Ausübung des Nießbrauchsrechtes des Legatars, l. 4 D. quibus modis usus fructus 7, 4. Dies beruht auf der Kraft des letzten Willens.

10) Die Quellen behandeln diese Frage nicht.

Digitized by Google

ist, daß sie einen Ertrag abwerfen. Es genügt, daß sie dem Nießbraucher in anderer Weise, z. B. durch Befriedigung des Kunstsinnes oder von Liebhabereien dienen.[11]

Der Nießbrauch erfaßt mit der Nießbrauchsache deren Zubehör,[12] und zwar sowohl das bei seinem Beginne vorhandene, wie das zum Ersatze abgängiger Zubehörstücke angeschaffte. Er ergreift auch Inkorporationen und Alluvionen; dagegen nicht die Flußinsel, welche dem Eigenthümer der Nießbrauchsache nach Uferrecht anfällt.[13]

Das vornehmste Recht des Nießbrauchers ist das Recht auf die Früchte. Da dieses Recht seiner Natur nach theilbar ist, so gilt auch das Nießbrauchsrecht als *theilbar*.[14] Es tritt hierdurch in Gegensatz zu den übrigen Servituten, die sämmtlich untheilbar sind. Demgemäß ist der Miteigenthümer einer Sache befugt, an seinem ideellen Theil selbständig einen Nießbrauch zu bewilligen. Ferner kann der Alleineigenthümer Nießbrauchsrechte an einem ideellen Theile seiner Sache einräumen. Namentlich ist ihm möglich, den Nießbrauch Mehreren zusammen derartig zuzuwenden, daß durch deren Konkurrenz ideelle Theile entstehen.[15]

§ 247. Rechte des Nießbrauchers.

1. Das wichtigste Recht des Nießbrauchers ist das auf die *Fruchtnutzung*.[1] Danach gebührt ihm das aus der Nießbrauchsache gezogene regelmäßige Einkommen — natürliche und bürgerliche Früchte — voll und ganz zum Verbrauch, wie zum Verkauf.[2]

---

11) l. 41 pr. § 1 D. de usu fructu 7, 1.

12) l. 15 § 6, l. 9 § 7 D. de usu fructu 7, 1. Ebenso B.G.B. § 1031 für Grundstücke.

13) l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1, abgedruckt oben § 207 Anm. 13. Der Nießbrauch am Grundstücke gewährt kein Recht auf die Hälfte des Schatzes, die dem Proprietar als solchem zufällt. l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ebenso B.G.B. § 1040.

14) l. 5 D. de usu fructu 7, 1. Papinianus libro 7 quaestionum: Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. l. 49, l. 50 D. eod., l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4. Der Nießbraucher eines ideellen Theils hat die Rechte des Proprietars auf Antheil an der Nutzung und der Verwaltung. Das Erkenntniß über die Theilungsklage für und gegen den Proprietar berührt ihn nur, wenn er zugezogen war.

15) Vgl. l. 1 pr. D. de usu fructu adcrescendo 7, 2. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quotiens usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est jus adcrescendi, si conjunctim sit usus fructus relictus: ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio jus adcrescendi cessat. Das Nähere gehört der Lehre der Vermächtnisse an. Auch B.G.B. § 1066 kennt Nießbrauch an dem Antheil eines Miteigenthümers.

1) Vgl. oben § 78 über Begriff und Umfang der Früchte.

Digitized by Google

Darüber hinausgehende, auf Kosten der Substanz erwachsende Erträgnisse gehören dagegen dem Eigenthümer der Nießbrauchsache.

Was insbesondere die Holzgewinnung betrifft, so darf der Nießbraucher in Waldungen, welche zur regelmäßigen Holzproduktion bestimmt sind, Holz soweit schlagen, als es unbeschadet der Nachhaltigkeit der Produktion möglich ist. Hiernach steht ihm das Abholzungsrecht bei Nieder- oder Ausschlageholz unbedingt,[3] bei Nutzwaldungen anderer Art nach den Regeln ordentlicher forstmäßiger Bewirthschaftung zu.[4] Außerordentlicher Holzertrag von Forsten, z. B. in Folge von Windbrüchen oder von Raupenfraß, gehört nicht zur Frucht; er fällt daher, soweit er den gewöhnlichen Jahresertrag überschreitet, dem Proprietar zu.[5] Einzelne auf dem Nießbrauchgrundstücke stehende Bäume kann der Nießbraucher nach den Grundsätzen rationeller Wirthschaft zu den Zwecken des Nießbrauchsgrundstückes verwerthen. Zu anderen Zwecken darf er sie nicht schlagen. Abgehendes Holz, insbesondere dürre Aeste, ferner ausgehende Bäume darf er sich aneignen; er muß diesen aber andere Bäume substituiren, wenn es zur Erhaltung des Grundstücks in gutem Stande erforderlich ist.[6]

Der Nießbrauch an einer Heerde ist, wie bereits früher bemerkt wurde, verschieden von dem an einzelnen Viehstücken. Er begreift das regelmäßige Heerdeneinkommen in sich, welches sich nicht bloß auf Milch, Wolle, Thierjunge, sondern auch auf die Reste gefallener Thiere und unter Umständen auf das Recht zum Verkauf von Viehstücken erstreckt, z. B. von Mastochsen. Dem Nießbraucher liegt dagegen Ergänzung — s. g. Summission — aus den Thierjungen ob. Bis zu derselben ist das Eigenthum am Jungvieh in der Schwebe.[7]

---

2) Petražycki, Einkommen 1 S. 236 nimmt an, daß das Recht des Nießbrauchers zum Verkauf erst einem späteren Entwickelungsstadium des römischen Rechts angehört, vgl. l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

3) l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

4) l. 9 § 7, l. 10, l. 11 D. de usu fructu 7, 1. Laspeyres, Nießbrauch an Waldungen im Archiv für civ. Praxis Bd. 19 n. 4. Vgl. freilich auch Petražycki, Einkommen S. 233. B.G.B. § 1038 giebt bei Waldungen jedem Theile das Recht, Aufstellung eines Wirthschaftsplanes zu verlangen.

5) l. 12 pr. D. de usu fructu 7, 1. Vgl. B.G.B. § 1039.

6) l. 18 D. de usu fructu 7, 1.

7) l. 68, 69, 70 D. de usu fructu 7, 1. In l. 70 § 1 führt Ulpianus libro 17 ad Sabinum aus: Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cujus sit fetus, quaeritur. et Julianus libro 35 digestorum scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est; siehe auch l. 12 § 5 D. eod. Vgl. Wächter, schwebendes Eigenthum 1871 S. 11 ff.; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 223 und S. 300; Bendixen, Nießbrauch an einer Heerde, Göttinger Inauguraldissertation 1887; Czyhlarz, Forts. v.

Digitized by Google

Steht ein Bergwerk im Nießbrauch, so gebührt dessen Ausbeute dem Nießbraucher.[8]

Der Nießbraucher erwirbt die natürlichen Früchte durch Perception, Thierjunge mit ihrer Separation.[9] Früchte, die bei Beendigung des Nießbrauches noch anstehen, gebühren dem Proprietar, auch wenn sie ausgereift waren.[10] Saat und Baukosten kann der Nießbraucher auch für sie nicht beanspruchen.[11]

Bei bürgerlichen Früchten hat eine Theilung zwischen Proprietar und Nießbraucher nach Verhältniß der Nießbrauchszeit einzutreten.[12]

2. Der Nießbrauch giebt ferner das Gebrauchsrecht. Bei Objekten, die einen Fruchtertrag nicht abwerfen, z. B. bei einer Bibliothek, einer Gemäldesammlung, beschränkt er sich auf den Gebrauch.[13]

Der Gebrauch ist der nothwendige Begleiter der Fruchtnutzung, soweit er zur Bestellung und zum Eigenthume der Früchte unentbehrlich ist. Gebrauchsrecht anderer Art kann dagegen fehlen. An einem Ziergarten z. B. kann einem Gärtner der Nießbrauch vermacht sein, einem Anderen aber ausschließlich Promenade und Luftgenuß zu seiner und seiner Familie Erholung.[14]

Glück, Bd. 1 S. 442; Rümelin, Selbstkontrahiren S. 148; Petrażycki, Einkommen S. 93. Ueber den Fall, daß ein Grundstück sammt Inventar Gegenstand des Nießbrauches ist, vgl. B.G.B. § 1048, über den Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen § 1035.

8) J. Gräff in der Zeitschrift für Bergrecht Bd. 1 S. 579, Schröder im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 n. 10 und 16. Vgl. auch B.G.B. § 1038 Abs. 2.

9) Siehe oben § 205 Anm. 5 und 6, vgl. aber auch oben Anm. 7. Der Nießbraucher darf auch noch unreife Früchte an sich nehmen, wenn deren Gewinnung eine regelmäßige Einkommenquelle bilden kann. l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 42 D. de usu leg. 33, 2. In Frage kann dies kommen, wenn der Nießbrauch vor der Zeit der Fruchtreife endet. Nach B.G.B. § 954, vgl. § 955 Abs. 2, erwirbt der Nießbraucher die Früchte stets mit der Trennung.

10) l. 13 D. quib. mod. ususfr. 7, 4. Vgl. B.G.B. § 101.

11) Buchka und Budde, Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 4 S. 128 und in Seufferts Archiv Bd. 16 n. 274. Anders nach B.G.B. § 1055 Abs. 2 in Verbindung mit § 592.

12) l. 26 D. de usu fructu 7, 1. Siehe Wächters Erörterungen Heft 1 S. 73 ff., Mommsen, Erört. Heft 1 S. 134 ff., Arndts civil. Abh. Bd. 1 n. 17, Petrażycki, Fruchtvertheilung S. 222, B.G.B. § 101.

13) Ertrag könnte der Nießbraucher aus einer Bibliothek freilich durch Vermiethen ziehen. Häufig wird aber das Vermiethen der Bücher den Intentionen des Bestellers des Ususfruktus zuwiderlaufen und um deswillen nicht gestattet sein.

14) Ein altes römisches Schlagwort war „fructus sine usu esse non potest", Paulus sent. III 6 § 24, l. 14 § 1 D. de usu 7, 8 von Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Denn man kann keine Früchte von einer Sache gewinnen, wenn man nicht auf sie einwirken kann. Dies faßte die alte Jurisprudenz nach ihrer Art strikt. Man erklärte daher das Legat des „fructus deducto usu" geradezu für ungültig, und das Dogma der Ungültigkeit vererbte sich auf die spätere Zeit. Doch erkannte man später, daß jenes Diktum nur halbwahr sei, sofern ein selbständiges, über die

Digitized by Google

3. Um des Gebrauches und der Fruchtnutzung halber sind alle anderen Befugnisse des Nießbrauchers da.

Um ihretwillen hat er das Recht der Innehabung, und damit Rechtsbesitz und possessorischen Schutz.[15]

Er kann ferner zu den Zwecken des Nießbrauches über die Sache thatsächlich verfügen. Er darf sie hierbei nicht verschlechtern. Sind ihm Veränderungen gestattet? Die wesentliche Bestimmung der Sache darf er nicht ändern. Aber nicht jede Freiheit in der Benutzung, nicht jeder ökonomische Fortschritt ist ihm verschlossen.

Unzulässig ist es, aus einem Park ein Ackergrundstück zu machen, aus einem Schloß ein Wirthshaus oder eine Fabrik. Aber bei Objekten, die bloß um des Ertrages willen da sind, ist ein weiter Spielraum offen gelassen. Weinberge und Holzungen z. B. dürfen in Getreidefelder verwandelt, bei Landgütern dürfen Steinbrüche und Bergwerke eröffnet werden, vorausgesetzt, daß hieraus ein dauernder Vortheil erwächst, dessen Gewinnung nicht von besonderen Umständen abhängig, sondern Jedem möglich ist.[16]

Zwecke der Fruchtnutzung hinausgehendes Benutzungsrecht dem Nießbraucher fehlen kann. Daher führt Ulpianus libro 17 ad Sabinum in der l. 14 § 3 D. de usu 7, 8 aus: poterit apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit. Uebereinstimmend ist l. 5 § 2 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9 „si fructus sine usu optigerit". Vgl. l. 13 § 3 D. de acceptilatione 46, 4. — Die verschiedenen Ansichten der Neueren über den fructus sine usu stellt zusammen Vangerow Bd. 1 § 348. B.G.B. § 1030 Abs. 2 bestimmt: Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden. Danach ist auch ein fructus sine usu zulässig.

15) Vgl. oben § 190 Anm. 1 und 2, B.G.B. § 1036 Abs. 1.

16) Vgl. namentlich l. 13 §§ 4 ff. D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest ... viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat. § 5 Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est ... § 6. Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatum sint desideratura opificum forte vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitratu frui: sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit. § 7. Sed si aedium usus fructus legatus sit, Nerva filius et lumina immittere eum posse ait ... sed neque diaetas transformare vel conjungere aut separare ei permittetur, vel aditus posticasque vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere: excolere enim quod invenit potest qualitate aedium non immutata. item Nerva eum, cui aedium usus fructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur, quia tectum magis turbatur. Vgl. noch l. 7 § 3, l. 8 D. eod. Die römischen Sätze über die Gebäude sind wohl nur auf Familienstammsitze berechnet, auf moderne Miethş- und Spekulationshäuser sind sie nicht ohne weiteres anzuwenden. Siehe übrigens Keil im Archiv für civ. Praxis Bd. 35 n. 11, Windscheid Bd. 1 § 203 Anm. 13. Vgl. B.G.B. § 1037: Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern; der Nieß-

Digitized by Google

4. Es giebt Arten des Nießbrauchs, bei welchen dem Nießbraucher das Recht der Veräußerung der Substanz in mehr oder minder ausgedehntem Maße zusteht, obgleich er nicht deren Eigenthümer ist — s. g. Dispositionsnießbrauch.[17]

§ 248. Die Rechte des Proprietars und die Pflichten des Nießbrauchers.

I. Der Nießbraucher hat die Nießbrauchsrechte unbeschadet der Substanz, der Proprietar die Eigenthumsrechte unbeschadet des Nießbrauches. Daher kann der Proprietar veräußern, verpfänden,[1] dingliche Rechte anderer Art bewilligen, soweit sie den Nießbrauch nicht beeinträchtigen, z. B. sein Grundstück mit einer servitus altius non tollendi belasten.[2] Auch kann er Rechte zu Gunsten der Nießbrauchsache erwerben.

Der Proprietar bleibt juristischer Besitzer. Dies ist kein leeres Wort, wie Manche vermeinen.[3] Vielmehr ist er befugt, thatsächlich auf die Sache einzuwirken,[4] soweit dies ohne Störung des Nießbrauches möglich ist, und den Ausschreitungen des Nießbrauchers wie Antastungen Dritter thatsächlich und durch possessorische Klage zu begegnen.[5]

Sein Eigenthumsrecht und sein Besitz sichert ihm zwar die Substanz; aber doch nur bis zu gewissem Grade. Da der Nießbraucher die Innehabung und damit die thatsächliche Verfügungsmacht über die Sache hat, so ist dessen Thun und Lassen bestimmend für deren Schicksale; böser Wille und Nachlässigkeit des Nießbrauchers kann sie verschlechtern und zu Grunde richten. Die Unversehrtheit seiner Sache ist daher dem Proprietar nur dadurch genügend gesichert, daß ihm der Nießbraucher zu deren ordentlicher Behandlung und Restitution persönlich verpflichtet wird.[6]

---

braucher eines Grundstückes darf neue Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandtheilen errichten, sofern nicht die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstückes dadurch wesentlich verändert wird.

17) Kohler, Dispositionsnießbrauch in Iherings Jahrb. Bd. 24 n. 4. Vgl. § 1048 B.G.B. über den Nießbrauch an einem Grundstück sammt Inventar.

1) l. 2 C. de usu fructu 3, 33.

2) Ueber l. 15 § 7, l. 16 D. de usu fructu 7, 1 vgl. oben § 236 Anm. 14.

3) So Elvers a. a. O. S. 457.

4) l. 16 § 1 D. de usu 7, 8.

5) l. 15 § 6 D. de usu fructu 7, 1. Nach B.G.B § 1036 ist der Nießbraucher unmittelbarer, der Eigenthümer mittelbarer Besitzer.

6) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Julianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus

Digitized by Google

Dies geschah nach römischer Weise dadurch, daß man dem Nießbraucher eine cautio usufructuaria ansann und bis zu deren Leistung die Nießbrauchsache verweigerte.[7] Auch hier also hieß es „cavere“ oder „carere“. Gemeinrechtlich dagegen treten die Verpflichtungen des Nießbrauchers schon von Rechtswegen mit dem thatsächlichen Beginne des Nießbrauches ein. Die Kaution dient hier nur zur Verstärkung der gesetzlichen Verpflichtung.

II. Die Verpflichtungen des Nießbrauchers gegen den Proprietar sind folgende:

1. Kautionsbestellung. Von ihr ist der Anspruch des Nießbrauchers auf die Detention der Sache abhängig. Klagt er vorher auf Herausgabe der Nießbrauchsache, so steht ihm die Einrede nichtbestellter Kaution entgegen.[8] Erlangt er ohne Kaution die Detention der Nießbrauchsache, so unterliegt er der Vindikation des Proprietars.[9] Dieser kann auch kondiciren, d. h. auf Kautionsbestellung klagen,[10] so daß sich aber der Nießbraucher zweifelsohne durch Dereliktion des Nießbrauches befreien kann.[11] [12]

---

cessat Aquiliae actio, ideo judicem dari, ut ejus arbitratu utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.

7) Den Inhalt der cautio usufructuaria ergiebt l. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si cujus rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et „usurum se boni viri arbitratu“ et „cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum. quod inde extabit.“ Zu diesen beiden Klauseln kommt dann noch als ergänzende dritte „dolum malum abesse afuturumque esse“ l. 5 pr. D. h. t. 7, 9, vgl. Lenel, edictum S. 296, 420. Horneman die c. usufr. Hallesche Inaug.-Dissert. 1890.

8) l. 13 pr. D. de usu fructu 7, 1.

9) l. 7 pr. D. usufr. quaemadmod. caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit. Proculus ait posse heredem rem vindicare et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem. sed et ipsa stipulatio condici poterit.

10) l. 7 pr. D. cit. — oben Anm. 9 — l. 5 § 1 D. de usu fructu earum rerum 7, 5. Man streitet über die rechtliche Grundlage und den Umfang dieser Kondiktion; vgl. einerseits Elvers a. a. O. S. 565, andererseits Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 142.

11) Es ist bestritten, ob der Mangel der Kaution dem Nießbraucher auch von Dritten entgegengestellt werden kann? Dies ist zu verneinen, denn hierin liegt eine unzulässige exceptio aus dem Rechte und Interesse eines Dritten. Es ist jedoch zu beachten, daß das Recht des Quasiusufruktuars, die Forderungen, deren Quasiusufrukt ihm vermacht ist, geltend zu machen und einzuklagen, nicht ipso jure durch das Testament entsteht, sondern ihm erst durch die Abtretung der Forderungen seitens der Erben erwächst, die nur gegen Kaution zu geschehen braucht und zu geschehen pflegt. Vorher ist also der Quasiusufruktuar zur Einklagung der Forderungen nicht legitimirt. Auf diesen Mangel der Legitimation können sich die Schuldner berufen; ja es liegt dem Gerichte ob, diesen von Amtswegen zu beachten,

Digitized by Google

Die cautio usufructuaria war satisdatio, d. h. durch Bürgen zu versichern.[13] Gemeinrechtlich genügt Pfandbestellung, ja in Fällen, wo andere Sicherung nicht zu beschaffen ist, bloßer Eid, s. g. juratorische Kaution, die freilich in Wahrheit keine Kaution mehr ist.[14]

Schon nach jüngstem römischen Rechte finden sich Abarten des Nießbrauches, bei welchen eine cautio usufructuaria nicht vorkommt. Solcher Art ist namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an den Adventitien seiner Hauskinder.[15] Das gemeine Recht entbindet auch in zahlreichen anderen Fällen von der Nießbrauchkaution. Insbesondere hat der Schenker dem Geschenknehmer Kaution nicht zu leisten, wenn er die Proprietät verschenkt und sich den Nießbrauch vorbehält.[16 17]

In Rom war letztwilliger Erlaß der cautio usufructuaria unzulässig, da sie nothwendiger Bestandtheil echten Nießbrauches war.[18]

---

wenn der Quasiusufruktuar Forderungen einklagt, ohne zu behaupten, daß er Kaution bestellt hat oder daß ihm die Forderung ohne solche vom Erben überlassen ist, denn in solchem Falle ist der Anspruch gegen die Schuldner nicht gehörig substantiirt. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 11 n. 164, Bd. 20 n. 208, Bd. 30 n. 82. Häufig überträgt man die aus der Konstruktion des Quasiusufruktes sich ergebenden Sätze geradezu auf den eigentlichen Nießbrauch; vgl. Windscheid Bd. 1 § 204 Anm. 7. Dies erscheint uns als ein Mißgriff.

12) Bestritten ist, ob der Nießbraucher bereits in der Zeit, in der er noch keine Kaution bestellt hat, Recht auf die Früchte der Nießbrauchsache hat. Man verneint die Frage häufig auf Grund der l. 24 D. de usu leg. 33, 2, wonach beim Quasiususfrukt von Forderungen das Recht auf die Zinsen erst mit der Kautionsbestellung beginnt. Aber auch dies beruht auf der besonderen Konstruktion des Forderungs-Quasiususfruktes. Der Quasiusufruktuar wird erst durch die Cession, die mit der Kaution zeitlich zusammenfällt, Gläubiger und also nutzungsberechtigt. Auf den eigentlichen Nießbrauch ist dies unseres Erachtens nicht anzuwenden; vgl. übrigens Glück Bd. 9 S. 489 ff., Windscheid Bd. 1 § 204 Anm. 7.

13) l. 13 pr. D. de usu fr. 7, 1, l. 5 § 1, l. 7 pr. D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9, Paul. sent. III 6 § 27; die Stipulation kommt nur dem Stipulanten und seinen Erben zu gute. Veräußert daher der Stipulant die Nießbrauchsache, so bedarf es einer neuen Kaution, die der neue Eigenthümer beanspruchen kann. l. 3 § 4 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9.

14) Stryk, usus modernus h. t. §§ 2 und 3, Lauterbach, coll. theor. pract. h. t. § 10 und dort Citirte, Holzschuher Bd. 2 § 116 Ziff. 12, Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 105. Siehe auch oben § 167 Anm. 8.

15) Vgl. unten Bd. 3 §§ 33, 34.

16) Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 207. Von Kaution frei ist auch die Meierswittwe, welche nach dem Tode ihres Mannes die Wirthschaft fortsetzt. Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 157.

17) B.G.B. § 1051 beschränkt sich auf die Vorschrift: „Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgniß einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigenthümers begründet, so kann der Eigenthümer Sicherheitsleistung verlangen." Vgl. auch § 1067 Abs. 2.

18) l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54. Alexander: Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse: ut autem boni viri arbitratu is, cui usus fructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. So schon l. 6 pr. D. ut in poss. 36, 4. Vgl. l. 1 C. de usufr. 3, 33. Vat. fragm. § 69.

Digitized by Google

Gemeinrechtlich ist solcher Erlaß, worüber man freilich streitet, statthaft[19] und zwar von Todeswegen wie unter Lebenden. Denn die Kaution ist nichts Essentielles mehr, seit die Verpflichtungen des Nießbrauchers von Rechtswegen eintreten. Die Ungültigkeit testamentarischen Erlasses der Nießbrauchkaution war ein bloßer Folgesatz und mußte unpraktisch werden, als sich das Prinzip, aus dem er floß, änderte.

2. Der Nießbraucher hat als guter Wirth zu handeln.[20] Jede Verschuldung, auch die seiner Leute, macht ihn schadensersatzpflichtig.[21]

Demnach muß er die Sache im Stande halten,[22] durch persönliche Bemühungen und auch durch Aufwendungen aus seinen Mitteln. Er hat insbesondere die landwirthschaftlichen Grundstücke zu bebauen,[23] Gräben auszuschlämmen, Deiche herzustellen, Weinstöcke, Obstbäume nachzupflanzen,[24] Zubehörungen zu ergänzen,[25] Gebäude zu repariren.[26]

Immerhin beschränkt sich dies auf die laufenden Ausgaben, welche regelmäßig Jahr aus Jahr ein, wenn auch unter verschiedenen Formen wiederkehren.[27] Dahin sind nur mäßige Aufwendungen zu rechnen, solche

19) R.G. Bd. 13 S. 170, anders Seuffert Archiv Bd. 42 n. 226. Mehrere in Seufferts Archiv mitgetheilte Erkenntnisse erklären zwar den testamentarischen Erlaß der Kaution für ungültig, jedoch für gültig „die dem Vermächtnisse der Proprietät hinzugefügte Bedingung, den dem Usufruktuar zugedachten Erlaß der Kaution nicht zu entkräften". So Archiv Bd. 23 n. 281. Das heißt das Verbot der Remission dem Worte nach respektiren, der Sache nach bei Seite setzen. Daher wird auch diese Klausel verworfen ebendaselbst Bd. 25 n. 144. Aber der Erbvertrag soll doch zur Remission der Kaution ausreichen nach Archiv Bd. 30 n. 122! — Gegen die Gültigkeit des Kautions-Erlasses ist auch Windscheid seit der 5. Auflage Bd. 1 § 204 Anm. 9.

20) l. 1 § 3 D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9 „facturum, quae in re sua faceret", Paulus sent. III 6 § 27 „omnia se usurum ac si optimus paterfamilias uteretur". Vgl. B.G.B. § 1036 Abs. 2.

21) l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1. Pomponius libro 5 ex Plautio: Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.

22) Der Nießbraucher wird auch haftbar, wenn er verschuldet, daß Rechte verjähren, daß Dritte ersitzen. l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 1 § 7 D. usufr. quemadmod. caveat 7, 9.

23) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

24) § 38 J. de rer. div. 2, 1, l. 18 D. de usu fr. 7, 1, vgl. freilich auch l. 59 pr. D. eod., wo wohl an Windbrüche und die außerordentlichen Kosten der Nachpflanzung gedacht ist.

25) l. 9 § 6 D. de usu fructu 7, 1.

26) Ueber die Verpflichtung des Nießbrauchers, die Sache zu versichern, vgl. B.G.B. §§ 1046, 1047.

27) Vgl. Petražycki, Einkommen I. S. 163. Ebenso B.G.B. § 1041: Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirthschaftlichen Bestande zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören.

Digitized by Google

von außergewöhnlichen Dimensionen, z. B. die Kosten einer Hauptreparatur der Nießbrauchgebäude, sind Sache des Proprietars.[28] Die Anzeige ihrer Nothwendigkeit an den Proprietar und vorläufige schützende Maßnahmen können geboten sein.[29]

Der Nießbraucher hat ferner die auf der Nießbrauchsache ruhenden Lasten zu tragen, also öffentliche Abgaben und Leistungen, wie auch auf privatrechtlichen Titeln beruhende Reallasten.[30]

Ist die Nießbrauchsache für eine verzinsliche Schuld verpfändet, so ist die Entrichtung der Zinsen nach römischem Recht grundsätzlich Sache des persönlichen Schuldners, da die Pfandsache nur accessorisch für die versicherte Forderung haftet. Bei der modernen Hypothek dagegen wird in der Regel der Nießbraucher die Zinsen von Hypotheken zu berichtigen haben, welche zur Zeit der Bestellung des Nießbrauches auf dem Grundstück lasteten, da es der Regel nach der Absicht der Betheiligten entspricht, daß der Nießbraucher nur den Reinertrag des Grundstückes erhält und dieser nach der Verkehrsanschauung in dem Ueberschuß der Erträgnisse über die Hypothekenzinsen besteht. Es beruht dies auf der Grundverschiedenheit der römischen und der modernen Hypothek.[31]

Der Proprietar kann gegen den Nießbraucher bereits während der Nießbrauchszeit klagen.[32] Er kann aber mit seinen Ansprüchen auch nach Ende des Nießbrauches hervortreten.

3. Nach Endigung des Nießbrauches ist die Nießbrauchsache mit

---

28) l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit libro 18 digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat — also das Dach heil erhält: — si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta l. 7 C. de usu fructu 3, 33. Es ist selbstverständlich, daß der Nießbraucher dann, wenn er selbst die Schuld daran trägt, daß eine Hauptreparatur nothwendig wurde, dieselbe aus eigenen Mitteln leisten muß.

29) Vgl. B.G.B. § 1042.

30) Vgl. die oben Anm. 28 abgedruckte l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ueber die Alimentenbelastungen siehe Pernice, Parerga II in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 5 S. 77 ff. — Aeltere gemeinrechtliche Juristen nahmen an, daß der Nießbraucher für außerordentliche Leistungen, z. B. in Kriegsfällen, soweit sie die Summe seines Gewinnes übersteigen, vom Proprietar Ersatz fordern könne; vgl. Glück Bd. 9 S. 259 und dort Angeführte. Dies entspricht der Billigkeit und den Zwecken des Institutes des Nießbrauches. Vgl. Petražycki, Einkommen I. S. 164 Anm. 1. Nach B.G.B. § 1047 trägt der Nießbraucher nicht die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind.

31) Ebenso B.G.B. § 1047.

32) In diesem Falle befindet der Richter „etiam in futurum quemadmodum uti frui debet", l. 13 § 1 D. de usu fr. 7, 1. Vgl. auch B.G.B. §§ 1053, 1054.

Digitized by Google

ihrem Zubehör zu restituiren.[33] Jeder Theil kann bei Aushändigung der Nießbrauchsache für Beschreibung und Inventarisirung Sorge tragen,[34] wobei er sich entweder die Anerkennung des anderen Theiles oder sonstigen ausreichenden Beweis zu beschaffen hat. Dies bildet die Grundlage des Restitutionsanspruches.

Verwendungen des Nießbrauchers, die ihm nicht obliegen, sind ihm vom Proprietar nach Beendigung des Nießbrauches zu erstatten, wenn sie mit dessen Zustimmung geschehen sind oder nach den Grundsätzen der negotiorum gestio die Erstattung rechtfertigen.[35] Der Proprietar kann Ersatz von ihm vorgenommener Verwendungen, die dem Nießbraucher oblagen, nach denselben Grundsätzen verlangen.[36] [37]

§ 249. Uneigentlicher Nießbrauch.[1]

Dem eigentlichen Nießbrauche wurde der uneigentliche oder Quasiususfrukt auf Grund eines Senatuskonsultes unbekannten Namens und ungewisser Zeit zur Seite gestellt.[2] Die wirthschaftlichen Zwecke beider Institute sind die nämlichen, ihre juristische Form ist eine sehr verschiedene.

Denn beim Quasiususfrukt wird der Nießbraucher Eigenthümer des Nießbrauchsobjektes mit vollem Verfügungsrecht, nur seine persönliche Verpflichtung zur Rückerstattung des Werthes nach Ablauf der Nießbrauchszeit sichert dem anderen Theile das Kapital.

Der Quasiususfrukt ist in einigen Fällen die einzige Form, durch welche die Zwecke des Nießbrauches zu erreichen sind, in anderen Fällen stehen dem Besteller beide Formen, die des eigentlichen und die des uneigentlichen Nießbrauches, offen.

---

33) Vgl. oben Anm. 7.

34) l. 1 § 4 D. usufr. quemadm. caveat 7, 9. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 13 n. 105. Vgl. B.G.B. §§ 1034, 1035.

35) l. 7 C. de usu fructu 3, 33; vgl. Elvers a. a. O. S. 534. Siehe übrigens auch l. 15 pr. D. de usu fr. 7, 1. Petražycki, Einkommen I. S. 309 unter 4. B.G.B. § 1049.

36) l. 48 pr. D. de usu fructu 7, 1, vgl. auch l. 50 eod.; Elvers a. a. O. S. 507.

37) Nach B.G.B. § 1057 verjähren die Ansprüche beider Theile in 6 Monaten.

1) Tit. Dig. 7, 5 de usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 1ff., Hanausek, die Lehre von dem uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht 1879.

2) l. 1 D. h. t. 7, 5. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur possit usus fructus legari. Ueber das Senatuskonsult handelt ausführlich Bürkel a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

1. Unmöglich ist eigentlicher Nießbrauch an Konsumptibilien, z. B. Geld, Getreide, Wein. Denn ihr Gebrauch ist Verbrauch, also Vernichtung der Substanz.[3] Die Erhaltung der Substanz gehört aber zum Wesen des eigentlichen Nießbrauches.

Nießbrauch an solchen Objekten kann also nur Quasiususfrukt sein. Der Nießbraucher wird Eigenthümer und hat für die Rückerstattung Kaution zu stellen. Handelt es sich nicht um Geld, sondern um Konsumptibilien anderer Art, so kann jeder Theil bei der Uebereignung Ausmittelung des gegenwärtigen Geldwerthes und Festsetzung der Rückerstattung in Geld fordern.[4] Denn es entspricht den Zwecken des Institutes nicht, daß die Betheiligten durch die Gefahr der Preisschwankungen getroffen werden.

Kleider sind keine Konsumptibilien. Ein wahrer Nießbrauch ist also an ihnen denkbar. Doch bei gewöhnlichem Gebrauche nutzen sich Kleider in kurzer Zeit ab, so daß sie nach Ablauf des Nießbrauches meist werthlos sein werden. Daher ist an Kleidern uneigentlicher Nießbrauch das Natürliche und als gewollt zu unterstellen, wenn nicht die besondere Erklärung der Betheiligten oder die besondere Bestimmung der Nießbrauchsache z. B. als Theatergarderobe auf wahren Nießbrauch hinweisen.[5]

An anderen körperlichen Objekten ist der Nießbrauch regelmäßig ein eigentlicher. Nach dem besonderen Willen der Betheiligten kann er aber auch ein uneigentlicher sein.[6]

2. Auch an Forderungen ist Quasiususfrukt möglich.[7][8]

---

3) Es ist denkbar, daß Jemandem eine Nutzung an Konsumptibilien derart gewährt wird, daß er sie nicht verbrauchen darf, daß z. B. Geldstücke nur als Schaustücke zur Auslage in dem Laden eines Wechslers liegen dürfen. Hanausek a. a. O. S. 15. Sollte derartiges vorkommen, — es wird nicht leicht geschehen, — so läge hierin kein Ususfrukt, sondern ein eigenartiges, beschränktes Nutzungsrecht.

4) l. 7. D. de usufr. ear. rer. 7, 5. Anderer Ansicht ist Hanausek a. a. O. S. 30, auch Windscheid Bd. 1 § 206 Anm. 3. Nach B.G.B. § 1067 besteht die Verpflichtung des Nießbrauchers beim uneigentlichen Nießbrauch nur in Ersatz des Werthes, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten.

5) § 2 J. de usu fructu 2, 4, l. 15 §§ 4 und 5 D. de usufructu 7, 1, l. 9 § 3 D. usufr. quemadmodum caveat 7, 9. Vgl. über die Frage unsere früheren Auflagen.

6) Bürkel a. a. O. S. 6 ff. Wird der Nießbrauch an Objekten vermacht, die der Erblasser nur des Verkaufes wegen hat, so wird er meist ein uneigentlicher sein, auch wenn diese Objekte keine Konsumptibilien sind. Hat z. B. die Wittwe den Nießbrauch am Vermögen ihres verstorbenen Mannes, welcher eine Antiquariatshandlung betrieb, so ist deren Nießbrauch an den Büchern als uneigentlicher zu erachten. Was sollte ihr der „eigentliche" Nießbrauch an dem Büchervorrath.

7) l. 3 D. h. t. 7, 5. Vgl. Hanausek, uneigentlicher Nießbrauch S. 89; Stammler, der Nießbrauch an Forderungen, ein Beitrag zur Lehre vom Rechte an Rechten 1880; Mansbach, der Nießbrauch an Forderungen 1880. Dort siehe die Litteratur. Nach B.G.B. §§ 1068 ff. kann Gegenstand des Nießbrauches jedes übertragbare Recht sein.

Digitized by Google

Der Nießbraucher erhält Cession der Forderung gegen Kaution für die Rückerstattung nach Ablauf des Nießbrauches. Auf Grund der Cession ist er Gläubiger, aber in Folge der Kaution im wirthschaftlichen Sinne doch bloßer Nutzungsberechtigter. Im Falle eines etwaigen Erlasses der Kaution wird sie durch die ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme der Rückerstattung ersetzt.

Am ausgedehntesten ist das Recht des Quasiusufruktuars an Forderungen auf Geld oder andere Fungibilien. Er kann das Kapital für sich einziehen. Nach Beendigung des Nießbrauches hat er dann die Summe zu restituiren, die er einnahm oder hätte beitreiben sollen.[9]

Beschränkter sind die Rechte des Quasiusufruktuars bei Forderungen auf eine Species. Der Nießbraucher darf diese einfordern und einklagen.[10] Aber er erhält nicht Eigenthum an dem ihm überlieferten Objekte, sondern eigentlichen Nießbrauch.[11]

Die Meinung bei Zuwendung des Nießbrauches an einer fest angelegten verzinsbaren Forderung kann auch bloß sein, dem Honorirten den Bezug der Zinsen auf Lebenszeit zu überlassen. Eine solche Verfügung ist natürlich gültig. Aber einen Nießbrauch im Rechtssinne begründet sie nicht, weder einen eigentlichen noch einen uneigentlichen. Es liegt nichts vor als Cession der Forderung auf Zinsen. Der

8) Hier tritt das Problem „des Rechtes am Rechte" in den Vordergrund. Ihm hat Windscheid Bd. 1 einen eigenen § 48a gewidmet, und zahlreich sind die geistreichen Erörterungen der Neueren, vgl. Mansbach a. a. O. S. 1 und Hanausek a. a. O. S. 43; siehe auch Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 46. Im Grunde fragt es sich, ob die dinglichen Rechte an fremden Sachen, insbesondere ob Nießbrauch und Pfandrecht als „dingliche Berechtigungen" nur an körperlichen Sachen möglich sind, oder ob sie auch an Rechten bestehen können. — Das moderne Recht nun kennt Gerechtigkeiten, welche wie Immobilien behandelt werden, z. B. Bergwerksgerechtigkeiten. An ihnen kommen zweifelsohne Reallasten, Nießbrauchsrechte vor. Begrifflich „unmöglich" kann also das Recht am Rechte nicht sein. Eine andere Frage ist, ob das römische Recht derartige Rechte an Rechten kennt. Dies ist nicht nachweisbar. Das römische Recht beschränkt die dinglichen Rechte auf körperliche Sachen.

9) Vgl. l. 24 pr. D. de usu et usufr. per leg. 33, 2, siehe ferner l. 3 D. h. t. 7, 5 und l. 1 C. de usufructu 3, 33. Das Quellenmaterial ist sehr dürftig. Die Grundzüge des Institutes lassen sich gleichwohl erkennen. Mit Recht bemerkt Bürkel a. a. O. S. 62: „In diesen Stellen wird der Usufruktuar der Forderung für verpflichtet erklärt, die Kaution des Senatuskonsultes zu stellen. Hätte der Usufruktuar — wie Manche annehmen — bloß das Recht zum Zinsengenuß, so wäre kein Grund zu einer Kaution vorhanden." Er hat also die freie Verfügung über das Kapital. Die abweichenden Ansichten kritisirt Hanausek a. a. O. S. 92. Nach B.G.B. § 1074 ist der Nießbraucher zur Einziehung und Kündigung der Forderung, nicht aber zu sonstiger Verfügung über dieselbe berechtigt. Geht die Forderung auf verbrauchbare Sachen, so erwirbt der Nießbraucher das Eigenthum, § 1075 Abs. 2. Ueber den Nießbrauch an Forderungen, die auf Zinsen ausstehen, vgl. §§ 1076 ff.

10) Ebenso B.G.B. § 1074.

11) Vgl. B.G.B. § 1075 Abs. 1: Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande.

Digitized by Google

Honorirte hat nach Beendigung des Verhältnisses nichts zu restituiren und also auch vorher nicht zu kaviren.[12]

3. Nicht selten ist der Nießbrauch an einem Gesammtvermögen oder an einer Quote desselben. Dies ist an sich nichts anderes als eine Summe von Nießbrauchsrechten an den einzelnen Vermögensbestandtheilen, und zwar meist nicht bloß an den bei Beginn des Nießbrauches zugehörigen, sondern auch an den später hinzutretenden Objekten. Nach der Beschaffenheit der einzelnen Objekte gestaltet sich der Nießbrauch zum eigentlichen oder zum uneigentlichen.

Die auf dem Vermögen lastenden Schulden verhaften auch nach Begründung des Nießbrauches den Proprietar und verbinden den Nießbraucher auch nachher nicht. Der Proprietar aber ist befugt und seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet, so viel aus dem Vermögen zurückzuhalten, als zur Deckung der Schulden erforderlich ist.[13]

Häufig ist der Nießbrauch am Gesammtvermögen mit dessen Verwaltung verbunden, z. B. beim väterlichen Nießbrauche. Dann hat der Nießbraucher das Recht zu Veräußerungen, die durch die Verwaltung geboten sind.[14] Es können auch die Gläubiger des Kindes den Hausvater auf Bezahlung der Schulden seines Kindes aus dessen Vermögen belangen und im Falle der Verurtheilung des Vaters ihre Befriedigung aus dem Kindesvermögen betreiben.[15]

§ 250. Personalservituten beschränkten Inhaltes.

1. Im römischen Leben bildeten sich außer dem Nießbrauche besondere Arten von Personalservituten beschränkten Inhaltes mit technischen Namen und festbegrenztem Umfang.[1]

a) Dem Nießbrauche am nächsten stand der usus. Er gewährte das Recht voller Benutzung ohne den Fruchtgenuß.[2 3] Und

---

12) Ueber Nießbrauch an Rechten anderer Art vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 1 § 286, Hanausek a. a. O. S. 136 ff. Ueber den Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien: Brandes, Gött. In.-Diss. 1891, B.G.B. § 1083 Abs. 2.

13) l. 69 D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 43 D. de usu et usufr. per leg. 33, 2, B.G.B. §§ 1085 ff. Hiernach haftet der Nießbraucher den Gläubigern des Bestellers persönlich nur für Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen, und auch nur dann, wenn die Forderung auf solche Leistungen bereits vor der Bestellung des Nießbrauches entstanden ist, der Nießbraucher ist aber berechtigt, die Gläubiger zu befriedigen.

14) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 n. 4.

15) § 3 J. de adqu. per adrog. 3, 10, l. 8 § 4 C. de bonis quae liberis adqu. 6. 61.

1) Tit. Dig. de usu et habitatione 7, 8, Inst. de usu et habitatione 2, 5.

2) l. 1 D. h. t. 7, 8. Gajus libro 7 ad edictum provinciale ... constituitur

Digitized by Google

zwar mußte der Usuar persönlich gebrauchen und detiniren; die Uebertragung der Ausübung des Rechtes war nicht statthaft.[4]

Ganz strikt wurde dies aber nicht festgehalten. Insbesondere darf der Usuar eines Hauses, sofern er nur persönlich in dem Hause wohnt, die Seinigen, d. h. seine Familie und sein Dienstpersonal, aber auch anständige Gäste und Kostgänger bei sich aufnehmen. Nur getrennte Vermiethung ist ihm nicht gestattet.[5]

Auch versagte man dem Usuar nicht jeden Fruchtgenuß. Namentlich darf der Usuar eines Parkes oder eines Landgutes Blumen, Obst, Früchte für sich und die Seinigen entnehmen. Der Bezug von Früchten ist aber nur zum Verbrauche, nicht zum Verkaufe verstattet.[6]

Vergeblich hat man versucht, diese Bestimmungen aus dem Begriffe des bloßen Usus zu erklären.[7] Die Römer selbst führen dieselben darauf zurück, daß man den letzten Willen der Verstorbenen liberal interpretiren müsse.[8] Man nahm es im Leben mit den Befugnissen des Usuars nicht allzu genau. So entstand ein Brauch, welchen Volksansicht und Jurisprudenz als berechtigt ansahen.

b) Die habitatio — das persönliche Wohnrecht — hatte Alimentennatur und um deswillen anomalen Charakter.[9] Sie sei mehr faktischer Art als juristischen Wesens, meinte man.[10] Daher ging sie durch capitis deminutio und durch Nichtgebrauch nicht unter. Ueberlassung der Ausübung — namentlich auch schenkungsweise[11] — war

etiam nudus usus id est sine fructu, l. 2 D. eod. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. Vgl. über den Usus Thibaut, Versuche Bd. 1 Abh. 3; Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 15 n. 2; Bechmann, Inhalt und Umfang der Personalservitut des Usus 1861.

3) Die ältere Theorie lehrte, der usus sei das Recht der Nutzung der Sache unter Beschränkung auf den unumgänglichen Bedarf, die „Nothdurft". Thibaut a. a. O. wies aber unter Beziehung auf l. 4, l. 10 § 3, l. 12 pr. § 2 D. h. t. 7, 8 nach, daß dies den Quellen durchaus nicht entspricht.

4) l. 11 D. h. t. 7, 8.

5) l. 4, 5, 6, 7 D. h. t. 7, 8.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 7, 8. Ueber den usus pecoris vgl. l. 12 § 2 D. cit.

7) Vgl. Puchta, Pand. § 179, Instit. Bd. 2 § 255, Scheurl und Bechmann a. a. O., siehe aber Windscheid Bd. 1 § 207 Anm. 6.

8) l. 12 § 2 D. h. t. 7, 8 ... neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

9) Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 2, dort ist die ältere Litteratur citirt; Huschke, zur Lehre von der habitatio im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 462 ff.

10) l. 10 D. de cap. min. 4, 5. Modestinus libro 8 differentiarum: Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit; siehe ferner l. 8 pr. § 1 D. de transact. 2, 15, Savigny Bd. 2 S. 110.

11) l. 10 pr. D. h. t. 7, 8. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 342 will „locare" statt „donare" lesen, dagegen Huschke a. a. O.

Digitized by Google

nicht verstattet; dennoch ließ man aus Humanität Verwerthung durch Vermiethung zu.[12]

c) Nicht weniger anomal waren die Rechte auf operae servorum et animalium. Auch sie gingen durch capitis deminutio[13] und Nichtgebrauch nicht unter, wohl aber im Falle der Ersitzung des Sklaven.[14] Sie waren vererblich,[15] verwerthbar.

Bei der habitatio und den operae servorum handelte es sich vorzugsweise um letztwillige Zuwendungen an Personen ohne römische Rechtsfähigkeit, insbesondere an Peregrinen. Ihnen konnte man civile Rechte — Eigenthum, Nießbrauch — nicht vermachen, wohl aber derartige geringfügige Unterstützungen.[16]

Dem gemeinen Rechte sind die drei römischen Typen beschränkter Personalservituten fremd. Sie beruhten auf römischen Usancen, an die sich der Erblasser anschloß, wenn er usus oder habitatio oder operae servorum vermachte. Im deutschen Leben ist nichts Aehnliches. Kommt es einmal vor, was möglich, aber selten ist, daß ein Erblasser persönliche Nutzung ohne Fruchtgenuß oder rein persönliches Wohnrecht vermacht, so ist dies nicht mit demjenigen identisch, was römische Uebung und Jurisprudenz unter usus und habitatio verstanden. Der Umfang des gewährten Rechtes ist vielmehr nach Wort und Sinn der letztwilligen Verfügung und nach den konkreten Umständen zu bestimmen. Wem also Nutzung ohne Fruchtgenuß vermacht wird, der hat nicht dasselbe Recht auf Früchte wie der römische Usuar, und wer persönlich wohnen darf, kann nicht ohne weiteres vermiethen.[17]

2. Es kommt vor, daß bestimmte einzelne Nutzungen zum In-

---

12) So l. 13 § 1 C. de usu fructu et habitatione 3, 33. Nach § 5 J. h. t. 2, 5 verstattete unter den älteren Juristen auch Marcellus Vermiethung.

13) l. 2 D. de operis servorum 7, 7.

14) l. 2 D. de usu per leg. 33, 2.

15) Die l. 2 D. de usu per leg. 33, 2 besagt freilich nur „quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit". Damit wird zunächst allerdings, wie Windscheid Bd. 1 § 208 Anm. 8 ausführt, nur das Vermächtniß für vererblich erklärt, nicht das durch Vermächtniß zu begründende Recht. Allein die Vererblichkeit des Vermächtnisses setzt voraus, daß auch das bereits begründete Recht vererblich wäre.

16) Uebrigens hatte der Usuar, und ebenso derjenige, dem habitatio oder operae servorum vermacht war, Kaution zu leisten, l. 5 § 3 D. usufruct. quemadm. caveat 7, 9.

17) Die Ansichten über die praktische Geltung von usus, habitatio oder operae sind sehr getheilt. Für die gemeinrechtliche Geltung von usus und habitatio ist Windscheid Bd. 1 § 207 Anm. 6, vgl. ferner die dort Citirten. Brinz Bd. 1 S. 796 will auf das Vermächtniß einer „Bedienung" die Grundsätze der operae servorum anwenden, da auch freie Personen operae leisten können. Aber ein dingliches Recht an einem Menschen ist heutzutage unmöglich.

Digitized by Google

halte von Personalservituten gemacht werden.[18] Namentlich gilt dies von Berechtigungen, die gewöhnlich als Prädialservituten bestellt werden, z. B. Weg- und Wasserrechte, Rechte auf Holz.[19] Solche Rechte pflegt man irreguläre Personalservituten zu nennen.

Auch vererbliche Berechtigungen solcher Art, z. B. Holzgerechtigkeiten, sind dem deutschen Rechte nicht unbekannt.[20]

Viertes Kapitel.

Entstehung und Endigung der Servituten.

§ 251. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft.

Servituten entstehen durch Rechtsgeschäfte, durch Ersitzung, durch Richterspruch und unmittelbar von Rechtswegen.

Die Rechtsgeschäfte sind entweder Verträge unter Lebenden oder letztwillige Verfügungen. An diesem Orte beschäftigt uns nur der Vertrag. Es fragt sich, wer Servituten bewilligen, wer sie erwerben kann, wie der Vertrag geschieht?

1. Voll legitimirt zur Bewilligung von Servituten ist nur der Eigenthümer der zu belastenden Sache.[1] Miteigenthümer müssen sämmtlich einwilligen,[2] nur den Nießbrauch als theilbares Recht kann der einzelne Miteigenthümer zu seinem ideellen Theile selbständig bestellen.[3] Für die Dauer ihres Rechtes können auch Emphyteuta und Superficiare Servituten einräumen;[4] ebenso ist es publi-

18) Das Gegentheil sucht Richard Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten 1862, auszuführen; die — gut geschriebene — Abhandlung hat freilich Niemanden überzeugen können. Ueber die neuere Litteratur siehe Windscheid Bd. 1 § 202 Anm. 2.

19) l. 32 D. de usu fructu 7, 1, l. 4, l. 37 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 6 D. de serv. leg. 33, 3, l. 14 § 3 in fine D. de alim. leg. 34, 1, l. 1 D. de usu et usu fructu 33, 2.

20) Nach B.G.B. §§ 1090 ff. kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur das Recht begründet werden, ein fremdes Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (siehe Anm. 18), ferner ein Wohnungsrecht. Diese Rechte sind nicht vererblich und übertragbar, und auch ihre Ausübung kann einem anderen nur dann überlassen werden, „wenn die Ueberlassung gestattet ist". Ihr Umfang bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten, doch kann der Wohnungsberechtigte seine Familie sowie die zur standesgemäßen Bedienung und Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufnehmen.

1) l. 6 pr. D. communia praediorum 8, 4. Dinglich wirkende Veräußerungsverbote hindern auch die Begründung von Servituten, vgl. oben § 217 Anm. 6.

2) oben § 241.

3) oben § 246 Anm. 14.

4) l. 1 pr. D. q. m. u. a. 7, 4, l. 1 § 9 D. de superficiebus 43, 18.

Digitized by Google

cianisch Berechtigten möglich, Servituten mit relativer Kraft in das Leben zu rufen, d. h. mit Rechtswirkung gegenüber dem Besteller und Allen, welche dem Besteller nachstehen.[5]

2. Personalservituten erwerben kann Jeder, also die juristische wie die natürliche Person.

Prädialservituten kann der Eigenthümer des Grundstückes erwerben, zu dessen Gunsten sie sind, Miteigenthümer desselben müssen sämmtlich am Erwerb Theil nehmen.[6] Auch Emphyteuta und Superficiare erwerben Servituten für das Grundstück,[7] Nießbraucher sind nicht hierzu befugt,[8] publicianisch Berechtigte aber sind wie Eigenthümer als legitimirt zu achten.[9]

3. Die Bestellung geschieht entweder selbständig oder durch Nebengeschäft bei einer Veräußerung.[10]

Solche Nebengeschäfte sind bald Vorbehalte, bald Zugeständnisse von Servituten durch den Veräußerer. Dieser kann sich namentlich an dem Grundstücke, welches er veräußert, einen Nießbrauch[11] oder eine Prädialservitut zu Gunsten eines anderen Grundstückes, welches er zurückbehält, reserviren.[12] Er kann ferner ein Grundstück, welches er behält, zu Gunsten eines Anderen, welches er veräußert, bei dessen Veräußerung mit einer Prädialservitut belasten.[13]

5) Das Hauptargument ist die Analogie des Pfandrechtes, l. 18, l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1. Bestritten ist, ob ein publicianisches Servitutenrecht auch erwirbt, wer redlicher Weise von einem unredlichen Besitzer eine Servitut erlangt. Die Analogie des Pfandrechtes spricht gegen diese Ansicht, vgl. Arndts § 191 Anm. 2. Andere, z. B. Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 9, vertheidigen sie. Man kann geltend machen, daß es eine Ersitzung der Servituten giebt, nicht die des Pfandrechtes. Aber die Ersitzung der Servituten ist doch sehr eigenartig. Sie verlangt keinen Titel. Der Servitutenersitzungsbesitz erscheint daher zur Begründung einer publicianischen Klage nicht ausreichend. Die l. 11 § 1 D. de Publ. in rem act. 6. 2 — oben § 239 Anm. 4 — entscheidet nicht, sie setzt eine Bestellung der Servitut durch den Eigenthümer der Sache in nicht civiler Form voraus.

6) Vgl. oben § 241.

7) Quellenzeugnisse fehlen.

8) l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1.

9) Die Quellen geben keine Antwort, vgl. Elvers a. a. O. S. 696, Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 7. Kommt die Servitut, welche der Emphyteuta dem Grundstücke erwirbt, dem Eigenthümer nach Erlöschen der Emphyteuse, diejenige, welche der publicianisch Berechtigte ausbedingt, dem Grundeigenthümer, nachdem er das Grundstück evincirt hat, zu gute? Die Frage ist zweifelhaft. Aber die Bejahung ist dem Wesen der Grundgerechtigkeiten entsprechend. Es läge sonst eine wahre Prädialservitut, die sich an das Grundstück knüpft, nicht vor. Gerade diese aber wird bezweckt. Emphyteuta, Superficiar, publicianischer Besitzer haben eine ähnliche Stellung wie Eigenthümer. Dies muß sich hier bestätigen. Anders Windscheid a. a. O.

10) Brinz Bd. 1 S. 793.

11) l. 32 D. de usu fructu 7, 1. Vgl. Gaj. Inst. II § 33, Vat. fragm. § 47.

12) l. 5, l. 6 pr. § 1, l. 10 D. communia praediorum 8, 4.

13) l. 6 pr. D. communia praediorum 8, 4. Vorbehalt und Zugeständniß ist

Digitized by Google

Manche sehen in dem Vorbehalte der Servitut die theilweise Erhaltung des bestehenden Rechtes, so daß sich der Veräußerer aus der Menge der ihm zustehenden Herrschaftsrechte einen einzelnen Bestandtheil, gleichsam einen Splitter seines Eigenthumes konservirte. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Eigenthumsrecht ist Totalherrschaft, Servitut Nutzungsrecht, beide Rechte sind ungleichartige Größen; durch bloße Addition und Subtraktion können sie nie ineinander übergehen. Das Richtige ist also, daß die Reservation der Servituten bei Veräußerungen Neubildung von Rechten ist, die bisher noch nicht vorhanden waren. Daher müssen bei einem solchen Vorbehalte alle Voraussetzungen der Neubegründung von Servituten vorhanden sein, und reservirte Servituten können keine anderen Eigenschaften und Wirkungen haben, als durch selbständige Geschäfte begründete.[14]

3. Genügt zur Bestellung der Servituten bloßer Vertrag, oder ist außerdem Quasitradition nöthig? Dies ist eine immer noch offene, famose Kontroverse des gemeinen Rechtes.[15]

Für die Nothwendigkeit der Quasitradition beruft man sich auf die Analogie der Eigenthumsübertragung. Doch diese Analogie hat nichts Zwingendes.[16] Der Besitz hat bei den Servituten nicht die Bedeutung, wie bezüglich des Eigenthumes. Auch der geschichtliche Gang war ein anderer.

---

auch stillschweigend möglich. Betreibt z. B. der Eigenthümer zweier Grundstücke auf dem einen eine Brauerei und hat er behufs Speisung derselben mit Wasser auf dem andern Grundstücke eine Röhrenleitung, so gilt im Falle der Uebereignung der „Brauerei" die Wasserleitung, wie sie bisher thatsächlich bestand, als zur Servitut eingeräumt, R.G. Bd. 13 S. 249. G. Weigert, z. L. v. d. stillschweigenden Servitutbestellung. Inaug.-Dissert. Kassel 1887.

14) Vgl. oben § 81 Anm. 6. Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1 S. 272, vgl. Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten. Paderborn 1881.

15) Für die Bestellung durch bloßen Vertrag erklärte sich Savigny in seinen Vorlesungen und hiernach E. S. Schmidtlein, de servitutibus per pactum constituendis Gött. 1823, sowie im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 9. So auch Michelsen im Arch. für civ. Praxis Bd. 8 n. 14. Eine gründliche Vertheidigung dieser Ansicht hat in neuerer Zeit Schmidt von Ilmenau in Bekkers Jahrb. Bd. 3 n. 9 gegeben. Ihr huldigen die meisten Neueren, insbesondere Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1 und Arndts § 188 Anm. 1. Außer Vangerow Bd. 1 § 350 sind für die Nothwendigkeit der Quasitradition Brinz Bd. 1 S. 792, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 123, Lenel in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 183 aufgetreten.

16) Nicht selten hat man die Entscheidung in l. 20 C. de pactis 2, 3 von Diocletianus und Maximianus gesucht. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Doch daß sich dieser Ausspruch nur auf das Eigenthum — dominia —, nicht auf alle dinglichen Rechte bezieht, ergiebt die usucapio, welche bei Servituten nicht stattfindet. Die Behauptung Vangerows — S. 753 —, daß nach den Prinzipien des römischen Rechtes aus einem Vertrage nur eine Obligation, kein dingliches Recht entstehen könne, ist offenbar petitio principii. Derzeit fußen die Gegner auf diesem Argument, welches für Vangerow sehr in das Gewicht fiel, nicht mehr.

Digitized by Google

Nach altrömischem Civilrechte wurden in Italien Servituten unter Lebenden nur durch in jure cessio und mancipatio begründet. Und zwar war die in jure cessio die allgemeine Form; durch mancipatio konnte man Felddienstbarkeiten, welche res mancipii waren, bestellen.[17] Diese Formen waren bei Provinzialgrundstücken nicht anwendbar, da dieselben nicht im civilen Eigenthume ihrer Besitzer standen. Hier geschah die Bestellung der Servituten vielmehr durch „pactiones et stipulationes".[18] Was bedeutet dieser Doppelakt? Nach meiner Ansicht lag in ihm eine Kombination altperegrinen Rechtes — der pactiones — und des römischen Institutes der stipulationes. Ohne Zweifel wurden die Servituten, insbesondere bei den Griechen, bei denen die Formlosigkeit der Geschäfte Regel war, durch formlose dingliche Verträge herkömmlich begründet. Die Römer ließen dies nach der Eroberung bei den Provinzialgrundstücken gelten, aber ihr Formensinn verlangte eine Zuthat — die Stipulation. Sie hatte zum Inhalte, daß der Promittent und sein Erbe den Stipulator und seine Erben nicht an der Ausübung der Servitut hindern, im Falle der Zuwiderhandlung aber eine vereinbarte Strafe zahlen wolle. Solche Stipulationen erzeugten natürlich nur persönliche Verpflichtungen des Promittenten und seiner Erben. Aber man sah in ihnen zugleich die Bekräftigung des vorausgehenden dinglichen Vertrages über die Servitutenbestellung, die Bethätigung seiner Ernstlichkeit.[19]

---

17) Gaj. Inst. II §§ 29 und 30.

18) Dies bezeugt Gaj. Inst. II § 31 . . . in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi . . . ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

19) Nicht selten wird die Ansicht vertreten, daß die Römer ursprünglich durch pactiones und stipulationes nur persönliche Verbindlichkeiten des Promittenten und seiner Erben zur Verstattung der Ausübung der Servitut begründet hätten und daß man erst im Laufe der Zeit in diesen Geschäften eine unmittelbare Bestellung der Servitut gesehen habe. So Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1. Dies ist, wie Lenel a. a. O. S. 184 mit Recht bemerkt, durchaus unglaublich. Denn a) wenn es sich um eine bloß persönliche Verbindlichkeit gehandelt hätte, so wäre die Stipulation ausreichend gewesen und die „pactio" ein unbegreifliches Superfluum. b) In Provinzen mit hoher Kultur, z. B. Sicilien, muß vor der Eroberung durch die Römer Bestellung von Servituten üblich gewesen sein. Wie sollten die Römer dazu gekommen sein, den Erwerb von Servituten hier unmöglich zu machen und die Betheiligten auf persönliche Verbindlichkeiten zu verweisen, die nicht ausreichen konnten. c) Gaj. Inst. II § 31 betrachtet die pactiones und stipulationes als Bestellungsform der Servituten, ohne auf einen anderen älteren Rechtszustand hinzuweisen. — Von den Doppelgeschäften ist nun offenbar die pactio der auf Einräumung der Servitut gerichtete dingliche Vertrag. Dies bezeugt Theophilus II 3 § 4 und es ergiebt sich auch aus dem Wesen der Stipulation. Denn Stipulationen enthalten Versprechen einer Leistung, also eines Thuns oder eines Unterlassens des Promittenten, und solcher Art waren auch die Stipulationen bei Bestellung von Servituten vgl. l. 2 § 5, l. 4 § 1, l. 38 § 6, l. 75 § 7, l. 85 § 3 D. de verb. obl. 45, 1. Karlowa a. a. O. S. 224. Dies Alles legt nahe, die pactio als den peregrinen

Digitized by Google

In der Kaiserzeit begnügte man sich in Italien häufig statt der lästigen civilen Bestellungsformen mit bloßer Verstattung der Ausübung der Servitut — der Quasitradition — seitens des Eigenthümers der belasteten Sache. Sie erhielt Schutz durch den Prätor.[20]

Das justinianische Recht endlich kennt Bestellung von Servituten durch in jure cessio, sowie durch mancipatio nicht mehr. Sie konnte aber jetzt an Objekten jeder Art in doppelter Weise geschehen, nämlich entweder wie nach altem Provinzialrecht durch pactiones und stipulationes[21] oder nach der italischen Gewohnheit durch Quasitradition.

Was ist das Facit für das gemeine Recht? Stipulationen sind dem gemeinen Rechte fremd. Mit Unrecht folgern Manche hieraus, daß nunmehr Servituten nur auf dem Wege der Quasitradition, nicht auf dem des Vertrages bestellt werden könnten.[22] Die Stipulation ist in Folge des Prinzips der Formlosigkeit der Verträge beseitigt. Die Zuthat ist damit gefallen, aber der Kern des Geschäftes, nämlich der Pakt der Servitutenbestellung ist nicht berührt. Servituten werden also gemeinrechtlich durch bloßen Vertrag begründet.

Die Gegenansicht kommt zu dem Resultate, daß die größere Formlosigkeit des gemeinen Rechts zu einer erschwerten Form der Servitutenbestellung, nämlich der Nothwendigkeit der Quasitradition geführt habe. Dies ist nicht annehmbar.[23]

§ 252. Die Servitutenersitzung.[1]

Die Servitutenersitzung hatte in Rom wechselnde Schicksale.

Ursprünglich wendete man die usucapio auch auf die Servituten

---

Bestellungsakt der Servituten zu betrachten, welchem die Römer durch die Anforderung der Stipulation einen römischrechtlichen Halt gaben. Die Stipulation hat nicht, wie Karlowa und Lenel annehmen, bezweckt, ein Traditionsſurrogat herzustellen, dies kann sie nicht leisten, und als man sie einführte, war der Gedanke, daß Servituten durch Traditionen begründet werden könnten, den Römern noch fremd.

20) l. 11 § 1 D. de Publiciana 6, 2 abgedruckt oben § 239 Anm. 4, l. 1 pr. D. q. m. ususfr. 7, 4, l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. 7, 9, l. 3 D. si usus fr. 7, 6, l. 1 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 16 D. si serv. vind. 8, 5.

21) § 1 J. de usu fructu 2, 4. § 4 J. de serv. 2, 3, l. 3 pr. l. 25 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 33, l. 36 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vangerow freilich a. a. O. S. 716 will „im Sinne der justinianischen Gesetzgebung in der Mehrzahl der Stellen, wo die pactiones et stipulationes aufgeführt werden, die quasitraditio als selbstverständlich subintelligiren", was ein verzweifeltes Beginnen ist.

22) So Karlowa a. a. O. S. 227, Lenel a. a. O. S. 186. Sie stützen sich besonders auf die Behauptung, daß die stipulationes „Traditionsſurrogat" gewesen seien. Vgl. hierüber Anm. 19.

23) Nach B.G.B. ist zur Bestellung des Nießbrauches an beweglichen Sachen Uebergabe derselben, zur Bestellung eines solchen an Grundstücken Eintragung in das Grundbuch erforderlich, vgl. §§ 1032, 873.

Digitized by Google

an, so daß die Uebung einer Servitut in kurzer Frist zum Rechte wurde. Dies erschien derartig lästig und schädlich, daß eine lex Scribonia die usucapio der Servituten schlechthin aufhob.[2]

Man war hiermit von einem Extrem in das andere gerathen. Die laxen Anforderungen der usucapio hatten die Gefahr mit sich gebracht, daß nachbarliche Gefälligkeiten oder auch Usurpationen zu Rechten wurden. Dem entgegenzutreten war zweckmäßig. Aber die gänzliche Ausschließung der Ersitzung der Servituten hatte eine sehr bedenkliche Seite. Denn althergebrachte Servituten verlieren im Laufe der Zeiten oft die Möglichkeit des Nachweises ihrer ursprünglichen Erwerbstitel, die in Vergessenheit gerathen sind; sie finden dann ihre Deckung in dem Institute der Ersitzung, nach welcher ihre langjährige Uebung ausreicht. Beseitigung der Servitutenersitzung entzieht also gerade den bestbegründeten und ältesten Rechten den nothwendigen Schutz.

So sah man sich in der Kaiserzeit veranlaßt, eine neue Art der Servitutenersitzung, die longa possessio einzuführen.[3] Von der Eigenthumsersitzung — der usucapio — blieb sie schroff geschieden.[4] Sie setzt voraus:

---

1) Muther, die Ersitzung der Servituten 1852; dort S. 1 Anm. 1 siehe die ältere Litteratur. Hedemann, Erwerbung und Schutz der Servituten 1864. Alfred Böhm, über die Ersitzung ländl. Dienstbark. Greifswald. Inaug.-Diss. 1893.

2) l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum. Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Vgl. oben § 219 Ziff. 1. Uebrigens streitet man darüber, ob die alte usucapio sich auf alle Servituten oder nur auf einzelne Arten, namentlich die servitutes praediorum urbanorum erstreckte. Das letztere vertheidigen u. a. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 3 Heft 1 n. 3 S. 120 ff. und Vangerow Bd. 1 § 351, das erstere nimmt mit vollem Rechte Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 247 Anm. 2 an. Vgl. auch Voigt, über den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und Servitutenklagen 1875.

3) l. 10 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, velati ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. l. 5 § 3 D. de itinere 43, 19, l. 1 § ult. D. de aqua 39, 3, l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 1, l. 2 C. de serv. 3, 34, l. 12 in f. C. de praescr. longi temp. 7, 33.

4) Vgl. l. 10 § 1 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 16 ad edictum: Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Hier wird die usucapio der Servituten verneint, keineswegs der Erwerb durch die wesentlich anders geartete longa possessio in Abrede gestellt. Die Aeußerung hat auch für das justinianische Recht unseres Erachtens Bedeutung. Es soll die Anwendung der Eigenthumsersitzung auf die Servituten in Abrede gestellt werden. Ueber andere Erklärungen siehe Vangerow Bd. 1 § 351 S. 763. Hedemann a. a. O. S. 1 ff. leugnet auf Grund dieser Stelle jede Art der Servitutenersitzung. Er will in der longa possessio nur eine Vermuthung des Erwerbes sehen, welche durch den „Gegenbeweis der Nichtexistenz der Servitut" entkräftet werden

Digitized by Google

a) langjährige Uebung; man setzte die Zeit auf zehn Jahre, wenn der Ersitzende und der Eigenthümer in derselben Provinz wohnten — inter praesentes —, auf 20 Jahre, wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnten — inter absentes;[5]

b) daß die Ausübung als Recht[6] und

c) daß sie während der gesammten Zeit dem Eigenthümer gegenüber weder vi[7] noch clam[8] noch precario geschah, also weder eine Usurpation noch einen Mißbrauch seiner Gefälligkeit enthielt.[9]

Die Quellen nehmen keine Art der Servituten von dieser Ersitzung aus. Es war daher nicht richtig, wenn viele Neuere die unständigen,[10]

könne! Aber die Quellen sprechen vom „tempore adquiri", z. B. l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

5) Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtlichen Untersuchungen behauptete, die longa possessio der Servituten kenne keine fixirte Zeit, sie bestimme sich nach richterlichem Ermessen. Aber bereits Paulus sent. V 5a § 8 erklärt: longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur. Justinian ferner entscheidet in der l. 12 § 4 C. de praescr. longi temporis 7, 33, nachdem er die Begriffe der praesentia, wobei 10, und der absentia, wobei 20 Jahre erfordert würden, fixirt hat: eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes. Dies kann sich nur auf die Servitutenersitzung beziehen. Weniger beweiskräftig ist l. 2 C. de servit. 3, 34 in Folge der Unsicherheit der Lesart „rerum immobilium", an deren Stelle Krüger liest „mobilium".

6) l. 25 D. quemadmodum serv. 8, 6, l. 7 D. de itiner. 43, 19, l. 1 § 19 D. de aqua cott. 43. 20. Der Erwerb einer Servitut durch Verjährung kann auch durch Besitzhandlungen begründet werden, welche der Prätendent der Servitut in der Meinung eines ihm zustehenden Eigenthumsrechtes an dem dienenden Grundstücke vorgenommen hat. Denn wie R.G. Bd. 4 S. 137, Bd. 7 S. 146 zutreffend ausführt: die einschlägigen, die Servitutenersitzung betreffenden Quellenstellen verlangen nirgends etwas Mehreres, als daß der Ersitzende mit dem Willen, von einem Rechte Gebrauch zu machen, dasselbe ausgeübt hat; daß dies gerade mit dem Bewußtsein von der juristischen Natur dieses Rechtes geschah, ist irrelevant.

7) Auch außergerichtlicher Widerspruch des Eigenthümers genügt, um den Besitz des Nichtberechtigten zu einem gewaltsamen im Sinne des Ersitzungsrechtes zu machen. l. 2 C. de serv. 3, 34, R.G. Bd. 1 S. 104.

8) R.G. Bd. 25 S. 145. Ein besonderes Requisit der scientia des Eigenthümers giebt es nicht. Nur wird im Falle seiner Nichtkenntniß oft Ausübung clam vorhanden sein. Daraus erklärt sich l. 2 C. de servit. 3, 34 die Hervorhebung „eo sciente".

9) Bestritten ist die Frage, ob Kläger anführen und beweisen müsse, daß er die Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise ausgeübt habe. Hierfür scheint die oben Anm. 3 abgedruckte l. 10 pr. D. si serv. vind. 8, 5 zu sprechen. Vgl. Seckendorf im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 89 ff. Indessen kann nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast nur verlangt werden, „daß die vom Ersitzenden im Rechtsstreite nachgewiesenen Besitzeshandlungen nicht als gewaltthätige, heimliche oder bittweise ausgeübte erscheinen, so zwar, daß wenn dies nicht der Fall ist, der Beweis des Vorhandenseins dieser Besitzfehler vom Gegner im Gegen- oder Einredebeweis zu erbringen ist". R.G. Bd. 1 S. 103.

10) Schon in der Glosse quaesiisti bei l. 2 C. de serv. 3, 34 und forte tot bei l. 10 D. si serv. vind. 8, 5 macht sich die Ansicht geltend, daß servitutes discontinuae nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könnten. Dies war lange Zeit die herrschende Meinung; sie wurde vom Reichskammergericht adoptirt, Mynsinger, observat. cameral. cent. IV obs. 6 und 53, und in vielen Territorien

Digitized by Google

Andere die persönlichen, noch Andere die negativen Servituten[11] ausschließen wollten.

Bösartige Streitfragen hat folgender Umstand erzeugt. Die ältere gemeinrechtliche Theorie stempelte die Erfordernisse der Eigenthumsersitzung zu generellen Voraussetzungen jeder erwerbenden Verjährung und wendete sie natürlich auch auf die Servitutenersitzung an. Demgemäß forderte sie für die Servitutenersitzung einen Titel, wie für die Ersitzung des Eigenthumes. Neuerdings sieht man hiervon ab, weil eben die Servitutenersitzung besonderer Art ist.[12] Ferner wurde die Servitutenersitzung bei usukapionsunfähigen, insbesondere bei fiskalischen Sachen ausgeschlossen und hierfür eine außerordentliche Ersitzung angenommen. Auch dies ist den Quellen fremd, doch hat die neuere Theorie und Praxis hieran überwiegend festgehalten.[13]

Bona fides endlich war nach römischem Rechte gleichfalls nicht erforderlich. Gemäß den recipirten kanonischen Grundsätzen muß sie aber vorhanden sein.

Die Unterbrechung der begonnenen Servitutenersitzung geschieht, wenn der Besitzer anfängt, vi, clam oder precario in der Ausübung der Servitut zu sein. Um deswillen tritt sie auch mit Erhebung der

---

observanzmäßig angewendet, siehe u. a. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 2 S. 116, Bd. 7 S. 266. Aber schon im vorigen Jahrhundert fand sie entschiedene Bekämpfung. Energisch ist ihr in neuerer Zeit Savigny, System Bd. 4 S. 480 entgegengetreten. Man hat sich für die Ausschließung der Ersitzung bei serv. discontinuae vorzugsweise auf l. 3 § 4 D. de aqua cott. 43, 20 von Pomponius und die l. 26 D. de aqua pluvia 39, 3 von Scaevola berufen. Doch dort werden die servitutes „discontinuae" nicht besonders ausgezeichnet, vielmehr wird für den Erwerb von Wasserleitungen unvordenkliche Verjährung für nöthig erklärt. Wir erklären dies daraus, daß zur Zeit der Abfassung dieser Stellen die Servitutenersitzung noch keine allgemeine Anerkennung hatte, so daß die Unvordenklichkeit allein Schutz bot. Andere Auffassungen hat Savigny a. a. O. Wie dem aber auch sei, keinesfalls beweisen die Stellen dafür, daß unständige Servituten der Servitutenersitzung entzogen sind. Dies bringt das R.G. Bd. 3 S. 210 selbst für die gemeinrechtlichen Territorien zur Geltung, in welchen ein entgegengesetzter Gerichtsgebrauch bestand.

11) So Bessel im Archiv für civ. Praxis Bd. 13 S. 410; dagegen Windscheid Bd. 1 S. 213 Anm. 10.

12) Einen Titel verlangt noch Muther a. a. O. § 13, vgl. dagegen Vangerow Bd. 1 § 351 S. 764, Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 7. Auch das R.G. Bd. 4 S. 137 fordert keinen Titel.

13) Die gemeine Meinung theilen u. a. Vangerow Bd. 1 § 351 Ziff. 5 und Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 9, neuerdings R.G. Bd. 6 S. 202, Bd. 25 S. 190; dagegen ist Puchta § 188 Anm. m, Brinz Bd. 1 S. 793. Der Hauptgrund der gemeinen Meinung ist, daß nicht abzusehen sei, warum dem Fiskus gegenüber das Eigenthum nur durch außerordentliche Ersitzung erworben werden könne, eine das Eigenthum mehr oder weniger erschöpfende Servitut dagegen nur den gewöhnlichen Zeitraum erfordern solle. Allein es handelt sich nicht um ein einheitliches Ersitzungsinstitut, sondern um Institute, die eine historisch getrennte Entwickelung haben und nicht immer parallel laufen.

Digitized by Google

Klage seitens des Eigenthümers ein. Denn hierin liegt ein Verbot, welches die weitere Ausübung als gewaltthätig erscheinen läßt.[14]

§ 253. Richterspruch und Gesetz.

Durch den Richter können Servituten in Theilungsprozessen unmittelbar begründet werden.[1]

Der Richter kann ferner in Nothfällen zur Bestellung eines Weges gegen Entschädigung verurtheilen.[2] Vorausgesetzt ist, daß der ordnungsmäßige Gebrauch des Grundstückes des Klägers ohne einen derartigen s. g. Nothweg nicht möglich ist. Die Klage ist gegen den Eigenthümer eines Nachbargrundstückes, welches zum Wege tauglich ist, zu richten. Der Beklagte darf einwenden, daß ein anderer Nachbar durch den Weg weniger belästigt werde.

Von Rechtswegen entsteht in Folge familienrechtlicher Beziehungen in mehreren Fällen ein — s. g. gesetzlicher — Nießbrauch.[3]

§ 254. Untergang der Servituten.

Die Servituten gehen unter durch Wegfallen ihrer Existenzbedingungen, durch Verzicht und durch Nichtgebrauch.

Sie endigen:

a) wenn die dienende Sache untergeht oder zur Servitut unfähig wird, sei es rechtlich, indem sie extra commercium tritt,[1] sei es thatsächlich, indem sie die natürlichen Eigenschaften verliert, auf welche

---

14) Nach B.G.B. § 1033 wird der Nießbrauch an einer beweglichen Sache durch Ersitzung erworben nach Analogie der Ersitzung des Eigenthums. An Grundstücken kennt B.G.B. nur die s. g. Tabularersitzung, vgl. § 900. Indessen erfolgt die Begründung, also auch die Ersitzung von Dienstbarkeiten, auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. noch solange nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Einf.Ges. Art. 189.

1) l. 6 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 16 §§ 1 und 2, l. 22 § 3 D. fam. erc. 10, 2. Vgl. l. 18 D. comm. div. 10, 3. Dem B.G.B. ist dies fremd.

2) Das römische Recht ließ nur im religiösen Interesse den Zwang zur Einräumung eines Weges nach sonst unzugänglichen Begräbnißstätten zu, l. 12 pr. D. de religiosis 11, 7. In älteren deutschen Quellen dagegen wird mehrfach ein Anspruch auf einen Nothweg anerkannt, vorzugsweise wohl veranlaßt durch das Durcheinanderliegen der Grundstücke der Dorfbewohner, vgl. Kraut, Grundriß § 98 n. 13 ff. Es wurde hieraus im Anschluß an die römische Bestimmung eine gemeine Gewohnheit. Vgl. übrigens Menzel, das Recht des Nothwegs, Wien 1896, Sonderabdruck aus den Juristischen Blättern n. 19 ff. Siehe ferner B.G.B. § 917.

3) Vgl. namentlich unten Bd. 3 §§ 33, 34.

1) Vgl. l. 17 pr. D. de usu fructu 7, 1. Die Servitut geht jedoch nach gemeinem Rechte nur dann nothwendig unter, wenn sie im Widerspruch mit der öffentlichen Bestimmung der Sache steht.

Digitized by Google

sich die Servitut gründete, — es versiegt z. B. die Quelle für immer, aus welcher die Wasserleitung zu Gunsten eines Nachbargrundstückes gespeist wurde.[2]

Der Nießbrauch insbesondere erlischt in Folge erheblicher Veränderung der dienenden Sache, durch welche die bisherige Art der Nutzung unmöglich wird. Demnach endigt Zerstörung des Nießbrauchhauses durch Brand oder Zusammensturz oder Abtragung den Nießbrauch; derselbe erhält sich nicht an der Grundfläche. Ebenso macht die Errichtung eines Miethhauses auf einem Gartengrundstücke dem Nießbrauche an diesem ein Ende.[3]

Für den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen gilt dies nicht.[4]

b) Die Prädialservitut endigt ferner, wenn das herrschende Grundstück untergeht, z. B. durch Abspülung, Erdschlupf.[5]

Dem Nießbrauch steckt der Tod des Nießbrauchers das Ziel. Doch können die Erben aufs neue zum Nießbrauche berufen sein.

Der Nießbrauch zu Gunsten einer juristischen Person geht mit dieser unter.[6] Doch solcher Untergang ist ein außergewöhnliches Ereigniß. Damit also eine mit dem normalen Nießbrauch nicht stimmende beständige Entwerthung der Proprietät nicht eintrete, setzten die klassischen Juristen die Dauer des Nießbrauchs einer juristischen Person auf 100 Jahre, als äußerste Grenze des menschlichen Lebens und damit des Nießbrauchs einer physischen Person.[7] Seit jedoch erbliche Bestellung des Nießbrauchs

---

2) l. 24 pr. § 1 D. quib. mod. us. fruct. am. 7, 4.

3) Es war altes Prinzip, „rei mutatione interire usum fructum". l. 5 § 2 D. quib. mod. us. fruct. am. 7, 4. Mit der späteren Entwickelung des Usufrukts steht dasselbe aber nicht mehr im Einklang. Jenes Princip beruhte auf der Anschauung, daß dem Nießbraucher für seine Person die specifische Nutzung, welche gerade die Nießbrauchsache abwirft, eingeräumt werden solle. Nach der Weiterentwickelung des Nießbrauchsinstitutes bezweckt dasselbe aber, dem Nießbraucher den pekuniären Ertrag eines Werthstückes zu sichern. Nur dieser Gedanke erklärt die Zulässigkeit der Veräußerung der Ausübung des Nießbrauches. Er muß folgerecht dahin führen, von der Veränderung der Benutzungsweise abzusehen, wenn nur die Sache dieselbe bleibt. Uebrigens läuft die Unterscheidung der römischen Juristen zwischen „erheblicher" Veränderung, die den Nießbrauch endet, und „unerheblicher", die ihn bestehen läßt, in Willkür aus. Verwandlung eines Waldes in einen Acker soll erheblich, Verwandlung eines Weinberges in ein Getreidefeld unerheblich sein, l. 6 — l. 12 D. q. m. u. a. 7, 4. Anders Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 546. — Ging die erhebliche Veränderung vom Proprietar aus, so wird er „ex testamento" oder „de dolo" zur Entschädigung des Nießbrauchers verpflichtet. B.G.B. kennt „erhebliche Veränderung der dienenden Sache" als Erlöschungsgrund nicht.

4) l. 34 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

5) Sie endet nicht, wenn das herrschende Grundstück derelinquirt wird. Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 3, Fadda in d. studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini 1892 S. 73; dagegen Czyhlarz, Fortf. v. Glück Bd. 1 S. 126.

6) l. 21 D. q. m. u. a. 7, 4.

Digitized by Google

durch besondere Vereinbarung zulässig wurde, ist folgerecht auch die Erstreckung des Nießbrauchs einer juristischen Person über 100 Jahre hinaus durch besondere Willensbestimmung als zulässig anzusehen. Er läuft also nur im Zweifel mit 100 Jahren ab.[8]

c) Durch Konsolidation erlischt der Nießbrauch, wenn der Nießbraucher das Eigenthum aus einem unwiderruflichen Grunde erwirbt,[9] durch Konfusion die Prädialservitut, wenn das Eigenthum des herrschenden und des dienenden Grundstückes in eine Hand kommt.[10] Die durch Konfusion erloschene Servitut lebt im Falle einer späteren Entäußerung eines der Grundstücke nicht wieder auf. Nur Neubestellung der früheren Servitut ist in diesem Falle möglich.[11] [12]

2. Verzicht seitens des Berechtigten beendigt die Servitut. Er kann einseitig sein — Dereliktion —, bedarf also nicht der Annahme seitens des Eigenthümers.[13] Auch stillschweigender Verzicht genügt, er

---

7) l. 56 D. de usu fructu 7, 1. Gajus libro 17 ad edictum provinciale: An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret ... qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.

8) So Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 8 und dort Citirte. Anders B.G.B. § 1071 „Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser."

9) § 3 J. de usu fructu 2, 4. Finitur autem usus fructus ... si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Vgl. l. 17 D. qb. mod. u. a. 7, 4, l. 35 D. de bonis libert. 38, 2. Nach B.G.B. § 1063 tritt Konsolidation nur ein, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt, doch gilt der Nießbrauch als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauches hat.

10) l. 1 D. quemadmodum serv. am. 8, 6. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. Ueber den Satz: servitus per partes retinetur vgl. oben § 241 Anm. 5. B.G.B. hat die Konfusion als Erlöschungsgrund für dingliche Rechte an Grundstücken beseitigt, vgl. § 889.

11) Die Servitut lebt wieder auf, wenn der Eigenthumserwerb rückwärts hin rescindirt wird, l. 57 pr. D. de usu fructu 7, 1, vgl. l. 7 pr. D. de fundo dotali 23, 5. Auch eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der Servitut kann eintreten.

12) l. 30 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2. Ueber die s. g. Relativität der Konsolidation und Konfusion vgl. unten § 273 Anm. 4.

13) Ob einseitiger Verzicht genügt, oder ob es der Annahme des Verzichtes seitens des Proprietars bedarf, ist bestritten. Die Frage ist besonders wichtig für den Usufruktuar, welcher mit Lasten verknüpft sein kann, die den zeitigen Ertrag übersteigen, so daß es im Interesse des Proprietars liegen mag, den Verzicht auf den Usufrukt zur Zeit nicht anzunehmen. Nach altem römischen Rechte bedurfte es der in jure cessio an den Proprietar, damit die Servitut untergehe, also seiner Mitwirkung, doch ist zu beachten, daß ein Theil der römischen Juristen den Untergang auch im Fall der in jure cessio an einen extraneus eintreten ließ, so daß sich der Servitutberechtigte nach ihrer Ansicht von der Servitut ohne Mitwirkung des Proprietars losmachen konnte, vgl. oben § 246 Anm. 5. Im justinianischen Rechte ist nur noch von cedere

Digitized by Google

liegt unter Anderem in der Zustimmung des Servitutberechtigten zu solchen Veränderungen der dienenden Sache, welche die fernere Ausübung der Servitut dauernd unmöglich machen.[14]

3. Endlich gehen die Servituten durch Nichtgebrauch — non usus — unter.[15]

Personalservituten[16] und Felddienstbarkeiten[17] endigen in Folge bloßen Nichtgebrauches — eine besondere Art der erlöschenden Verjährung. Gebrauch heißt hier nicht Thätigkeit; ein entsprechender Zustand gilt vielmehr als Gebrauch, z. B. das stetige Fortfließen des Wassers in der Wasserleitung.[18] Nicht erforderlich ist, daß der Servitutberechtigte persönlich handelt. Der Usufrukt erhält sich auch durch die Ausübung seitens eines Pächters, Käufers, Geschenknehmers,[19] die Prädialservitut ferner durch die Benutzung für das herrschende Grundstück, geschehe sie nun durch die Familie und das Gesinde seines Eigenthümers oder durch Dritte und selbst durch einen bösgläubigen Grundstücksbesitzer.[20][21] Aus welchem Grunde die Ausübung unterblieb, kommt

---

usum fructum domino proprietatis oder concedere die Rede § 3 J. de usu fructu 2, 4, vgl. l. 21 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 20 D. de serv. pr. rust. 8, 3. l. 17 D. comm. praed. 8, 4. Die Annahme dieser Konzession seitens des Proprietars wird aber nicht gefordert. Die l. 64 und l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1 behandeln das „derelinquere usum fructum“ als rechtsbeständig. Es genügt also einseitiges Aufgeben des Nießbrauches zu seiner Beendigung. Anders Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 11, vgl. aber Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 689, sowie Thon im Archiv f. c. Pr. Bd. 80 S. 83 Anm. 1. Wie hier auch B.G.B. §§ 1064, 1072 bezüglich des Nießbrauchs an beweglichen Sachen und an Rechten, § 875 für den Nießbrauch an einem Grundstücke.

14) l. 8 D. quemadm. serv. 8, 6. Paulus libro 15 ad Plautium: Si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto. et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur et permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto jus viae. Die Verstattung kann auch im bloßen Dulden der Anlage liegen. Aber nicht jedes Wissen von der Anlage ohne Widerspruch ist Verstattung. Vgl. hierzu B.G.B. § 1028.

15) B.G.B. kennt diesen Erlöschungsgrund nicht.

16) § 3 J. de usu fructu 2, 4, l. 25 D. quib. mod. ususfr. am. 7, 4.

17) l. 6 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

18) l. 12 D. quemadm. serv. 8, 6.

19) In l. 38 und l. 39 D. de usu fructu 7, 1 behaupten Gajus und Marcianus, den Usufrukt übe auch aus, wer seine Ausübung verkauft habe „quia, qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re utitur fruitur“. Dies ist sehr gekünstelt. Ulpian in der l. 29 pr. § 1 quib. mod. ususfr. 7, 4 huldigte dieser Ansicht mit Recht nicht.

20) l. 20 ff. D. quemadm. serv. 8, 6.

21) Die Servitut geht unter, wenn die Ausübung auf eine Servitut anderer Art ging, l. 10 pr., l. 11 pr., l. 17, l. 18 § 1 D. quemadm. serv. 8, 6, nicht wenn sie weiter reichte, l. 11 pr. D. cit. Theilweise Ausübung genügt zur Erhaltung des vollen Rechtes, wenn man dies und nicht etwa bloß ein vermeintes anderes Recht

Digitized by Google

nicht in Betracht; die Servitut erlischt daher, auch wenn ihrer Benutzung unübersteigliche Hindernisse entgegenstanden; doch findet in solchen Fällen Restitution statt.[22]

Zur Beendigung der Gebäudeservituten genügt bloßer Nichtgebrauch nicht; vielmehr muß usucapio libertatis hinzukommen, d. h. es ist nothwendig, daß sich der Besitzer des dienenden Grundstückes während der Verjährungszeit in dem Besitze des entgegengesetzten Zustandes befand.[23][24] Dieser Zustand darf nicht auf prekaristischer Verstattung beruhen,[25] denn hierin liegt Bethätigung des Rechtes seitens des Koncedirenden, nicht dessen Vernachlässigung. Dagegen ist für die usucapio libertatis weder Titel noch guter Glaube erfordert. Selbst Gewalt und Heimlichkeit steht ihr nicht entgegen. Denn im Grunde handelt es sich um Untergang der Servitut durch Nichtgebrauch, welcher hier nur die besondere Form der Duldung der Ersitzung des entgegengesetzten Zustandes haben muß.[26]

Die Verjährungszeit bilden 10 Jahre unter Gegenwärtigen und 20 Jahre unter Abwesenden.[27]

---

ausüben wollte, l. 20 D. quib. mod. serv. 7, 4, l. 2, l. 8, l. 9 D. quemadm. serv. 8, 6.

22) l. 14 pr. D. quemadm. serv. 8, 6, l. 34 § 1, l. 35 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

23) l. 6 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Haec autem jura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero: ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. item si tigni immissi aedes tuae servitutum debent et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet. Wirth, die libertatis usucapio 1854. Ein Baum, welcher die Aussicht versperrt, begründet die usucapio libertatis nicht. l. 7 D. de s. p. u. 8, 2; vgl. Ihering, Besitzwille S. 283.

24) Unter serv. pr. urbanorum sind hier diejenigen zu verstehen, welche regelrecht als solche klassificirt werden; vgl. oben § 239. Die usucapio libertatis ist auf Gebäudeservituten beschränkt. Sie kann nicht etwa bei Rustikalservituten gefordert werden, auch wenn sie in ähnlicher Weise einen dauernden Zustand des dienenden Grundstückes begründen, z. B. das Recht geben, eine feste, chaussirte Straße oder einen Stall zur Aufnahme des weideberechtigten Viehes zu haben. Vgl. jedoch Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 2.

25) l. 32 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 17 D. communia praediorum 8, 4.

26) Brinz Bd. 1 S. 796, dagegen Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 9 und 10, Karlowa Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 548. — Eine besondere Art der usucapio libertatis kennt B.G.B. § 1028.

27) Nach älterem Rechte erloschen Servituten durch Nichtgebrauch an Mobilien

Digitized by Google

Fünftes Kapitel.

Rechtsmittel des Servitutenrechtes.

§ 255. Die actio confessoria.

Um der Servituten willen bestehen zwei Kategorien von Klagen, nämlich die actiones confessoriae wegen behaupteter und die actiones negatoriae gegen angemaßte Servituten.

Die actio confessoria ist der rei vindicatio verwandt.[1] Aber es handelt sich nicht wie vorwiegend bei der Eigenthumsklage um Herausgabe des Besitzes; denn der Servitutenbesitz giebt dem Besitzer keineswegs eine so feste Stellung wie der Eigenthumsbesitz. Die confessoria bezweckt vielmehr Sicherung des eingeklagten Servitutenrechtes.[2] Daher steht sie dem besitzenden, wie dem nichtbesitzenden Servitutberechtigten zu.[3] Hiernach gestaltet sich das Einzelne in folgender Art:

1. Kläger ist der Servitutberechtigte.

---

in einem Jahre, an Immobilien in 2 Jahren, l. 13 C. de servit. 3, 34. Justinian hat die Zeit der longi temporis praescriptio eingeführt, also 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes. Er hat sich hierbei zum Theil unpräcis ausgedrückt, was Veranlassung zu zahlreichen, höchst unerquicklichen Streitfragen gegeben hat. Vgl. unsere früheren Auflagen.

1) Nicht eine allgemeine confessoria actio für alle Arten von Servituten war im prätorischen Album aufgestellt. Vielmehr waren besondere Klageformeln für den Nießbrauch, für Wegerechte, Wasserleitungen und bestimmte Urbanalservituten proponirt, vgl. Lenel, edictum S. 148. B.G.B. verweist für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auf die Analogie der Negatorienklage (§ 1004), vgl. §§ 1027, 1090. Hinsichtlich des Nießbrauches bestimmt B.G.B. § 1065: Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

2) Die actiones confessoriae waren zweifelsohne arbitrariae. Aber sie enthielten nicht wie die Eigenthumsklage den Zusatz, nisi ea res arbitrio tuo restituetur. vgl. l. 19 in fine D. de her. pet. 5, 3. Vielmehr ging beim Usufrukt das richterliche Gutfinden dahin, ob Beklagter „patitur uti frui", im Verneinungsfall erfolgte Geldkondemnation, l. 1 pr., l. 5 § 6 D. si ususfr. pet. 7, 6. In ähnlicher Weise war auch ohne Zweifel bei den actiones confessoriae wegen Prädialservituten, die ad exemplum earum, quae ad usum fructum pertinent — l. 2 pr. D. si serv. vind. 8. 5 — abgefaßt waren, die Ermächtigung zum Zwischenbescheide gefaßt. Andere Auffassungen hat Lenel a. a. O. Er nimmt in die actio confessoria wegen des Usufrukts eine Klausel auf „neque ea res restituetur", wofür die von ihm angezogene l. 5 § 4a D. si ususfr. pet. 7, 6 nur eine gebrechliche Stütze giebt, und er will bei den anderen actiones confessoriae mit der einfachen Geldkondemnation auskommen, was aus sachlichen und historischen Gründen unannehmbar ist.

3) l. 5 § 5 D. si usus fructus pet. 7, 6.

Digitized by Google

Einen Ususfrukt einklagen kann wie der ursprüngliche Nießbraucher, so auch wem die Ausübung veräußert ist.[4]

Die Einklagung von Prädialservituten gebührt dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, als dem Servitutberechtigten.[5] Jeder Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes ist selbständig servitutberechtigt und um deswillen selbständig zur Klage legitimirt.[6] Siegt er und fügt sich der Beklagte, so kommt dies auch den übrigen Miteigenthümern zu gute, unterliegt er, so schadet die Niederlage den übrigen nicht.[7]

Superficiare, Emphyteuta, Pfandgläubiger sind gleichfalls zur Einklagung der Prädialservituten des Grundstückes legitimirt, an welchem sie ein dingliches Recht haben.[8] Der Nießbraucher ist hierzu befugt, soweit er durch Beeinträchtigung der Servitut in seinem Nießbrauche geschädigt ist.[9] Auch publicianische Besitzer sind nach

---

4) Vgl. oben § 246 Anm. 7.

5) l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5, „nulli alii quam domino fundi competit".

6) l. 4 § 3, l. 6 § 4 D. eod. 8, 5, l. 1 § 5 D. de arbor. caed. 43, 27.

7) Hat das Urtheil im Prozesse mit einem der Miteigenthümer Rechtskraft für und gegen die anderen Miteigenthümer, welche am Prozesse keinen Antheil hatten? Dies behauptet man meist. So namentlich Savigny Bd. 6 S. 479. Hierin läge aber eine nicht zu billigende Singularität, welche durch die Quellen nicht erhärtet wird. L. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 führt aus, daß der Sieg eines von mehreren Miteigenthümern eines Grundstückes im Streite um eine Prädialservitut den übrigen Miteigenthümern zu gute komme, wenn sich der Beklagte dem Servitutenrechte fügt. Dies ist nothwendige Folge. Aber wenn es zur Geldverurtheilung kommt, kann, wie die Stelle gleichfalls entscheidet, der Kläger doch nur sein persönliches Interesse liquidiren. Hieraus ergiebt sich, daß die Klagen der übrigen Miteigenthümer intakt bleiben, so daß sie ihre Ansprüche noch geltend machen können. Keinesfalls kann das dem klagenden Miteigenthümer ungünstige Urtheil den Mitberechtigten schaden. Wie sollte ihr Recht durch die Prozeßführung Dritter vernichtet werden. Die hier angeführte l. 19 D. si serv. vind. 8, 5 Marcianus libro 5 regularum bezeugt dies nicht. Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario ceteris dandam esse actionem de dolo Celsus scripsit idque ait Sabino placuisse. Nachlässige Prozeßführung des Einen präjudicirt hiernach den Anderen nicht. In dem Schlußsatz möchte an den Fall gedacht sein, in welchem, während der eine Miteigenthümer die Klage mit der Absicht des Verrathes anstellte, die Servitut durch non usus unterging. Er harmonirt, wie er jetzt vorliegt, nicht mit dem Vordersatz. Vgl. auch Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 6. Wie hier Seeler, Miteigenthum S. 127.

8) l. 16 D. de serv. 8, 1, l. 3 § 3, l. 9 D. de o. n. nunt. 39, 1.

9) Die herrschende Ansicht der römischen Juristen formulirt l. 1 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro 8 apud Julianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui. Dagegen verstattete Julian dem Usufruktuar die Vindikation der an das Nießbrauchgrundstück geknüpften Realservituten l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25. Ueber die praktische Tragweite dieser Kontroverse vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 389.

Digitized by Google

gemeinem Recht zur Klage wegen der Servituten der von ihnen besessenen Grundstücke befugt.[10]

Wer eine Servitut vom publicianischen Besitzer oder Emphyteuta oder Superficiar des dienenden Grundstückes erwarb, ist klagberechtigt gegen Alle, welche diesen seinen Autoren unterlegen wären.[11]

2. Beklagter ist, wer sich zu der Servitut in Gegensatz setzt, also sie stört oder bedroht. Dieser Gegensatz kann ein thätlicher oder ein wörtlicher, er kann ein totaler oder ein bloß theilweiser sein. Die Opposition muß sich aber gegen die Servitut selbst richten, nicht bloß gegen die Person des Servitutberechtigten, mit anderen Worten, die Servitut muß als solche in Frage gestellt, es darf nicht bloß eine persönliche Verletzung beabsichtigt sein.

Unter diesen Voraussetzungen sind belangbar Eigenthümer, Besitzer und bloße Detentoren des dienenden Grundstückes, wie auch andere Personen, z. B. wer eine kollidirende Servitut in Anspruch nimmt.[12]

Besitzer in fremdem Namen haben das Recht der nominatio auctoris.[13]

Auch s. g. ficti possessores sind haftbar.[14 15]

3. Klagzweck ist Anerkennung und Sicherung der eingeklagten Servitut. Je nach Bedürfniß schließt sich eine Verurtheilung zur Herstellung des der Servitut gemäßen Zustandes an, z. B. durch Einräumung des Besitzes, sowie durch Wegräumung von hindernden Anlagen.[16] Insbesondere ist künftigen Störungen zu begegnen. In Rom geschah dies regelmäßig durch Auflage einer s. g. cautio de non tur-

---

10) Dem römischen Rechte ist dieser Satz noch fremd, er beruht auf einer gemeinrechtlichen Weiterentwickelung. Sie geht auf die Glosse zurück l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 gl. potest, vgl. Glück Bd. 10 S. 228 Anm. 10, Ihering, Abhandlungen S. 107, Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 7.

11) Siehe oben § 251 Anm. 5.

12) l. 10 § 1 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur vel per cujus fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam (non) ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero. — Anders steht es bei der servitus oneris ferendi l. 6 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 haec actio non alii competit quam domino aedium et adversus dominum.

13) Oben § 225 Ziff. 3, C.P.O. § 77.

14) Oben § 225 Ziff. 4, l. 6 D. si usus fructus pet. 7, 6.

15) Kläger hat die Existenz der Servitut und bei Prädialservituten seine Aktivlegitimation zu beweisen. Ebenso liegt ihm der Nachweis der Passivlegitimation des Beklagten ob.

16) Die Beseitigung geschieht auf Kosten des Beklagten, wenn diesen eine Schuld an der Anlage traf, sonst auf Kosten des Klägers, arg. l. 6 § 7 D. de aqua 39, 3, oben § 232 Anm. 27.

Digitized by Google

bando.[17] Gemeinrechtlich begnügt man sich in der Regel mit richterlichen Verboten unter Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung. Verurtheilung zur Kautionsstellung erfolgt nur, wenn sie nach der besonderen Lage nöthig erscheint.[18]

Dem Kläger entgangene Nutzungen sind ihm nach den bei der Eigenthumsklage entwickelten Grundsätzen zu ersetzen, so daß zwischen dem bösgläubigen und dem gutgläubigen Beklagten zu unterscheiden ist. In entsprechender Weise ist sonstiger Schadensersatz zu gewähren.[19]

§ 256. Die actio negatoria.

Die actio negatoria ist das Gegenstück der actio confessoria.[1] Zahlreiche Einzelheiten entsprechen sich in beiden Klagen. In ihrem tieferen Grunde sind sie jedoch verschieden. Denn die actio negatoria ist nach ihrem Grundcharakter eine Klage aus dem Eigenthume und hat die Vertheidigung des Eigenthumes zum Ziele.[2]

Nach römischem Rechte diente die actio negatoria nur der Abwehr angemaßter Servituten.[3 4] Dies beruhte zum Theil auf ihrer geschichtlichen Entwickelung, da sie sich an die actio con-

17) Vgl. l. 7 D. si serv. vind. 8, 5.

18) C.P.O. § 890, insbesondere Absatz 3.

19) Im römischen Rechte war diese Seite der confessoria wenig entwickelt, Jhering, das Schuldmoment S. 26 Anm. 42a; vgl. jedoch l. 5 § 3 D. si usus fructus pet. 7, 6, l. 4 § 2, l. 6 § 6 D. si serv. vind. 8, 5, l. 5 C. de serv. 3, 34.

1) Daher lautet Tit. Dig. 7, 6 si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur und Tit. Dig. 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. Vgl. Hesse, die Negatorienklage in Jherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 4, Jäger, Klagegrund bei der a. negatoria. Gött. Jn.Diss. 1891.

2) Derzeit wird die actio negatoria meist unter den Eigenthumsklagen abgehandelt. Windscheid Bd. 1 § 198 spricht von „Eigenthumsklage wegen Eingriffs". Die Darstellung neben der a. confessoria rechtfertigt sich historisch und aus Zweckmäßigkeitsgründen.

3) l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . . tam confessoria, quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

4) Im prätorischen Album war nicht eine allgemeine actio negatoria aufgestellt, vielmehr bestanden specielle actiones negatoriae gegen die Anmaßung des Usus-fructus und bestimmter Prädialservituten. Lenel, edictum S. 148, oben § 255 Anm. 1. Die intentio der gewöhnlichen Formel lautete: si paret No No jus non esse per fundum illum ire agere invito Ao Ao. Außerdem bestand eine actio „prohibitoria" mit der Formel si paret Ao Ao jus esse prohibendi. Zachariä, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 258. Vgl. vorzugsweise jetzt Lenel, in der Savignyztschr. rom. Abth. Bd. 12 S. 1 ff. Dort siehe die Litteratur über die a. prohibitoria und die Anzweifelung derselben. Die a. prohibitoria erscheint hiernach als die jüngere die negatoria ergänzende Formel gegen die Anmaßung prätorischer Servituten und Antastungen Seitens eines Miteigenthümers gerichtet. Anders Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 469.

Digitized by Google

fessoria anlehnte. Es trat aber auch später in Rom ein dringendes Bedürfniß zur Erweiterung der Klage über ihre ursprünglichen Grenzen nicht ein.[5] Nach gemeinem Rechte dagegen ist die actio negatoria weiter ausgedehnt und zur Abwehr jeder angemaßten Eigenthumsbeschränkung bestimmt.[6] Immerhin ist der Normalfall die Abwehr einer Servitut. Für diesen Fall sind im Folgenden die Rechtsgrundsätze zu entwickeln. Dieselben sind auf die anderen Klagfälle entsprechend anzuwenden.

1. Klagberechtigt ist der Eigenthümer der Sache, an welcher die Servitut in Anspruch genommen wird.[7]

Miteigenthümer haben gegenüber einem angemaßten Ususfrukt getheilte Klagen, da jeder nur die Freiheit seines ideellen Theiles von der Last des Nießbrauches zur Geltung bringen kann. Gegenüber der Anmaßung einer Prädialservitut hat dagegen jeder der Miteigenthümer die Freiheit des Grundstückes ganz zu vertheidigen, da die Prädialservitut dasselbe entweder ungetheilt belastet oder gar nicht besteht.[8]

Zweifelsohne sind zur actio negatoria auch berechtigt publicianische Besitzer, ferner der Superficiar, Emphyteuta und Pfandgläubiger der Sache, an welcher die Servitut in Anspruch genommen wird.[9]

2. Die Klage ist gegen Jeden begründet, der sich eine Servitut an der Sache des Klägers anmaßt.

Es genügt wörtliche Inanspruchnahme der Servitut, auch wenn der Versuch thätlicher Ausübung noch nicht geschah.[10] Es reicht andererseits thätliche Anmaßung einer Servitut aus, auch wenn man nicht ausdrücklich das Recht in Anspruch nimmt. Die Handlungen müssen darauf hinweisen, daß man sich dauernd wie ein dinglich an fremder Sache Berechtigter betragen will. Wer z. B. einmal Früchte eines fremden Grundstückes stahl, ist nicht negatorisch zu belangen, wohl aber, wer sie wiederholt an sich nimmt.

---

5) Ueber die Frage, ob der Miteigenthümer gegen Miteigenthümer die actio negatoria anstellen konnte, vgl. oben § 196 Anm. 13.

6) Ebenso B.G.B. § 1004.

7) l. 5 pr. D. si usufr. pet. 7, 6.

8) l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. B.G.B. § 1011.

9) Der Nießbraucher, welcher durch eine angemaßte Servitut in seinem Nießbrauche gestört wird, klagt konfessorisch zur Erhaltung der Integrität seines Nießbrauches.

10) Dies ist herrschende, aber keineswegs unbestrittene Ansicht. Insbesondere verlangt Hesse a. a. O. S. 122 thatsächlichen Widerstand; vgl. hiergegen Arndts, § 169 Anm. 3, arg. l. 14 pr. D. si serv. vind. 8. 5 „si nova velis immittere, prohiberi a me potes, ferner Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 9.

Digitized by Google

3. Der Zweck der Klage ist Feststellung der Freiheit des Eigenthumes von der angemaßten Servitut.

Hieran schließt sich die Sicherung gegen weitere Störungen. Nach römischem Rechte wurde der Beklagte angehalten, eine s. g. cautio de non turbando zu stellen.[11] Im heutigen Rechte ist nach richterlichem Ermessen Strafe gegen weitere Störungen anzudrohen und nur in besonderen Fällen auch Sicherstellung anzuordnen.[12]

Der Beklagte hat endlich Schadensersatz zu leisten und zwar nach den Grundsätzen der Eigenthumsklage.[13] Selbst wenn der Beklagte die angemaßte Servitut noch nicht thatsächlich in Anspruch nahm, kann er schadensersatzpflichtig werden, z. B. wenn der Kläger in Folge der dolosen Behauptung des Beklagten, daß ihm ein Wegerecht am Grundstücke des Klägers zustehe, am projektirten Verkaufe des Grundstückes an einen Baumeister gehindert wurde.

4. Bezüglich der Beweislast bei der actio negatoria bestehen drei Meinungen:

a) Nach der einen Ansicht hat Kläger zu beweisen, daß die Servitut, welche der Beklagte in Anspruch nimmt, nicht bestehe.[14] Man stützt sich hierfür auf den allgemeinen Satz, daß der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen habe. Diese Auffassung führt jedoch zu ganz verkehrten Resultaten. Der Eigenthümer müßte hiernach jedem verwegenen Angriffe gegenüber, z. B. eines Dritten, der über sein Grundstück geht, erweisen, daß hinter dieser Anmaßung kein Recht stehe.

b) Manche unterscheiden, ob der Beklagte im Besitze der Servitut ist oder nicht.[15] Sie behaupten, wenn er im Besitze der Servitut sei, müsse Kläger die Nichtexistenz des Rechtes des Beklagten beweisen. Denn überall liege dem Kläger der Beweis ob, überall sonst sei der Besitzer vom Beweise frei. Nur wenn der Eigenthümer, trotzdem er thatsächlich im Besitze der Freiheit von der angemaßten Servitut sei, etwa um ein alsbaldiges Definitivum zu schaffen, anstatt sich im Besitze

---

11) l. 12 D. si serv. vind. 8, 5. Javolenus libro 2 epistolarum: Egi jus illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: judicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.

12) C.P.O. § 890 Abs. 3.

13) Vgl. l. 4 § 2 D. de serv. 8, 5. R.G. Bd. 6 S. 222. Im römischen Rechte war freilich diese Funktion der actio negatoria wenig entwickelt. Daher half man sich je nach Umständen durch cautio damni infecti, siehe Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 der Pandekten Bd. 2 S. 237 ff. Auch die actio doli konnte eingreifen.

14) Hierfür Du Roi im Archiv für civ. Praxis Bd. 40 n. 2, Pape in Lindes Zeitschrift Bd. 16 n. 6. Dort finden sich weitere Litteraturangaben.

15) Hauptvertreter ist neuerdings Brinz Bd. 1 S. 668.

Digitized by Google

zu vertheidigen, sofort zur Negatoria greifen wolle, müsse man dem Beklagten die Beweislast aufbürden; der Umstand, daß der Eigenthümer Kläger sei, werde dann von der Thatsache, daß er Besitzer sei, überwogen.

c) Die derzeit herrschende[16] und richtige Meinung ist, daß Kläger nur zu beweisen hat, daß er Eigenthümer des Grundstückes ist, dessen Freiheit er behauptet, oder daß er sonst legitimirt ist, dasselbe zu vertreten. Er hat also nicht zu beweisen, daß die vom Beklagten angesprochene Servitut nicht existirt, mag dieser nun besitzen oder nicht. Denn wer sein Eigenthum nachgewiesen hat, hat damit auch sein Recht, jeden Dritten auszuschließen, dargethan. Es ist daher dessen Sache, zu seiner Vertheidigung ein Recht nachzuweisen, mit dem er das Eigenthum überwinden kann.[17]

§ 257. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes.[1]

Zu Gunsten des Servitutenbesitzes bestehen besondere possessorische Klagen. Sie entwickelten sich in Rom nicht generell nach einer allgemeinen Idee, sondern speciell nach konkret hervortretenden Bedürfnissen. Daher hatten nicht alle Servituten possessorischen Schutz. Die einzelnen Interdikte ferner sind nach der Verschiedenheit des äußeren Habitus der Servituten verschieden geartet.

1. Der Besitz des Nießbrauches sowie anderer mit der Innehabung der dienenden Sache verbundener Personalservituten wurde in Rom durch interdictum uti possidetis[2] und i. unde vi utile[3] nach Analogie des Sachbesitzes gesichert. Gemeinrechtlich wendet man das possessorium ordinarium und die Spolienklage entsprechend an.[4]

16) Vgl. Vangerow Bd. 1 § 353 Anm. 2, Arndts § 169 Anm. 4, Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 15 und 16.

17) Die Quellen ergeben, daß der Kläger, welcher mit der actio negatoria auftritt, zu beweisen hat. Was er aber beweisen muß, darüber sprechen sich die Quellen nicht aus. Doch wird die hier vertretene Ansicht unterstützt durch die l. 5 pr. D. si usus fructus petetur 7, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum . . . quamquam actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi. quod si forte, qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. Vgl. im übrigen die früheren Auflagen. B.G.B. erleichtert den Eigenthumsbeweis durch die Vermuthungen der §§ 891, 1006.

1) Heerwart, zur Lehre von der quasipossessio und den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln in Lindes Zeitschrift Bd. 12 n. 6 und n. 9.

2) l. 4 D. uti possidetis 43, 17. fragm. Vat. § 90. Vgl. über die Fassung des i. utile Lenel, edictum S. 381.

3) l. 3 § 13 ff. D. de vi 43, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet „si prohibeatur uti frui usufructu fundi“ fragm. Vat. § 91, Lenel, edictum S. 376.

Digitized by Google

2. Folgende Interdikte knüpfen sich an den Besitz von Prädialservituten

a) Das i. de itinere actuque privato[5] findet wegen ländlicher Wege statt.[6] Vorausgesetzt ist Benutzung des Weges durch oder für den Kläger oder dessen Autor im letzten Jahre vor der Klageerhebung[7] eine mäßige Zeit hindurch, und zwar nicht mit Gewalt oder heimlich gegen den Beklagten oder bittweise von ihm. Als mäßige Zeit wird Benutzung an 30 Tagen bezeichnet.[8] Doch begnügt sich die gemeinrechtliche Praxis auch mit weniger Tagen, wenn eine häufigere Ausübung nicht thunlich war.[9] Die Klage fordert ferner Behinderung der Wegnutzung durch den Beklagten mittels Wort oder That.[10]

Ziel des Interdiktes ist Sicherung künftiger Wegnutzung durch Strafandrohung, eventuell durch Kaution.[11] Ausbesserung des Weges kann man mit diesem Rechtsmittel nicht durchsetzen; dieser Anspruch verlangt Nachweis des Rechtes.[12]

b) Das i. de aqua cottidiana et aestiva[13] ist für ländliche und

---

4) Nach B.G.B. genießt der Nießbraucher als Besitzer Besitzesschutz.

5) Tit. Dig. de itinere actuque privato 43, 19. Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen n. 1 1826, Althof, das interdictum de itinere actuque privato 1836, Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 7 S. 463. Ueber das Interdiktsformular siehe l. 1 pr. D. h. t. und Lenel, edictum S. 383.

6) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 19.

7) l. 1 § 3 D. h. t. 43, 19. In Fällen einer Behinderung in der Benutzung des Weges während des letzten Jahres, welche restitutio in integrum rechtfertigt, wird auf das vorletzte Jahr gesehen, l. 1 §§ 9 und 10 D. h. t. 43, 19.

8) l. 1 § 2 D. h. t. 43, 19. Ulpianus libro 70 ad edictum: Hoc interdicto praetor non inquirit, utrum habuit jure servitutem impositam an non, sed hoc tantum an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore id est non minus quam XXX diebus. Nach der herrschenden Ansicht wird hier Benutzung des Weges an 30 Tagen des letzten Jahres gefordert. Dies entspricht den Sprachgesetzen. Nach einer anderen Auslegung wird nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre verlangt, so jedoch, daß bezügliche Handlungen mindestens 30 Tage von einander entfernt sind. So Althof a. a. O. S. 12 ff. und Vangerow Bd. 1 § 355 Anm. 1.

9) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 16 n. 221.

10) l. 3 §§ 3 und 5 D. h. t. 43, 19.

11) Vgl. l. 3 § 4 D. h. t. 43, 19.

12) In Rom bestand ein besonderes interdictum de itinere reficiendo. l. 3 §§ 11 ff., l. 4 l. 5 pr. § 1 D. h. t. 43, 19. Dasselbe war aber nicht possessorisch, setzte vielmehr außer der letztjährigen Benutzung des Weges den Nachweis des rechtlichen Bestehens der Servitut voraus. Das Interdikt muß einer Zeit angehören, in der man mit der actio confessoria noch nicht die Vornahme der Wegebesserung erzwingen konnte, weil dieselbe nicht direkt den Inhalt der Servitut bildete. Seit sich dies änderte und dazu die Vortheile des Interdiktenprozesses wegfielen, fehlte dem i. de itinere reficiendo jede praktische Bedeutung.

13) Tit. Dig. de aqua cottidiana et aestiva 43, 20.

Digitized by Google

städtische Wasserleitungen bestimmt.[14] Es genügt einmalige Leitung im letzten Jahre, die nicht gewaltsam, heimlich oder bittweise vom Beklagten war. Sie muß aber in gutem Glauben geschehen sein, um in das Gewicht zu fallen.[15]

Verstattung der Wiederherstellung und der Reinigung der Leitungen kann, gestützt auf derartige letztjährige Benutzung, gleichfalls beansprucht werden.[16]

Behufs des Wasserschöpfens und der Viehtränke bestehen entsprechende Klagen.[17]

c) Die Anlage einer Kloake, die aus unserem Gebäude oder Platze über ein fremdes Grundstück führt, rechtfertigt für sich allein die Klage auf Verstattung ihrer Wiederherstellung und Reinigung.[18] Es kann nicht einmal eine Einrede daraus entnommen werden, daß Kläger die Kloake gewaltsam oder heimlich oder bittweise benutzt hat, denn das öffentliche Wohl fordert die Reinigung derselben.[19]

3. Servituten, welche sich in der äußeren Gestalt des herrschenden Grundstückes verkörpern, wie namentlich die Servituten des Einbaues und Ueberbaues, bedürfen besonderen Besitzesschutz nicht. Denn ihre Verletzung ist zugleich Störung des Besitzes der herrschenden Sache. In Folge dessen stehen diesen Servituten die possessorischen Rechtsmittel und die Spolienklage zu Gunsten des Sachbesitzes zu Gebote.[20]

4. Der Besitz negativer Servituten, z. B. einer Aussichtsgerechtigkeit, hatte im römischen Rechte keinen possessorischen Schutz.[21] Einen Ersatz gewährte das interdictum quod vi aut clam.[22]

---

14) l. 1 § 13 D. h. t. 43, 20.

15) l. 1 §§ 10 und 19 D. h. t. 43, 20.

16) l. 1 pr. ff. D. de rivis 43, 21.

17) Es bestanden i. de fonte und de fonte reficiendo, siehe l. un. D. de fonte 43, 22.

18) l. 1 pr. § 8 D. de cloacis 43, 23.

19) l. 1 § 7 D. eod.

20) l. 20 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur, nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. l. 32 § 1 D. eod.

21) Der Besitz negativer Servituten wird nicht schon durch das Vorhandensein des entsprechenden Zustandes in Verbindung mit dem Willen dessen begründet, der daraus Vortheil zieht, sich die Verkümmerung nicht gefallen zu lassen. Wer sich z. B. einer freien Aussicht über die Nachbargrundstücke erfreut, kann sich nicht durch seinen Entschluß ohne weiteres zum Besitzer einer Aussichtsgerechtigkeit machen, vgl. Hölder im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 113, Pflüger, Besitzklagen S. 239. Der Besitz derartiger Servituten verlangt vielmehr einen erkennbaren Kausalzusammenhang zwischen dem Bestehen des betreffenden Zustandes und dem Willen des Eigenthümers des herrschenden Grundstückes. Dieses Kausalitätsverhältniß kann durch ein Verbot

Digitized by Google

Die gemeinrechtliche Praxis schützt den Rechtsbesitz generell durch Possessorium und Spolienklage.[23] In Folge dessen genießt jeder Servitutenbesitz possessorischen Schutz, auch wenn er desselben nach römischem Rechte entbehrte.[24] Die possessorischen Rechtsmittel des römischen Rechtes für einzelne Arten von Servituten haben in ihrem besonderen Gebiete jedoch ihre Geltung behauptet.[25 26]

Vierter Abschnitt.

Superficies und Emphyteusis.

§ 258. Entwickelung von Superficies und Emphyteusis.

Superficies und Emphyteusis, die vererblichen und veräußerlichen dinglichen Rechte zu dauernder Benutzung fremden Bodens für ein Ge-

---

des Eigenthümers des herrschenden Grundstückes hergestellt werden, dem sich der andere Theil fügt oder auch durch einen Vertrag, welcher den Zustand sichern will. So Bossert, Servitutenbesitz S. 25. Vgl. oben § 190.

22) Vgl. l. 5 § 10 D. de o. n. n. 39, 1, l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

23) Oben § 189 Anm. 9, vgl. freilich Pflüger, Besitzkl. S. 243.

24) Ueber die Besitzstörungsklage im Fall einer Forstservitut vgl. R.G. Bd. 31 S. 178.

25) Die neueren Romanisten lehren meist, die römischen Interdikte zum Schutze des Besitzes bestimmter Servituten seien analog auf solche Servituten anzuwenden, die des possessorischen Schutzes in Rom entbehrten, aber derzeit wegen ihrer größeren Wichtigkeit solchen in Anspruch nähmen. Insbesondere will Puchta, Pand. § 139, bei Servituten, deren Ausübung in bloßen Handlungen bestehe, die Grundsätze des interdictum de itinere; bei solchen, deren Ausübung nicht ohne besondere umständlichere Vorrichtung möglich sei, die des interdictum de aqua angewendet haben. So Wächter, Pand. Bd. 2 § 161 S. 261, vgl. auch Windscheid Bd. 1 § 164 Anm. 18. Mit Recht verhält sich hierzu kritisch Arndts § 192 Anm. 6. Die Grundsätze insbesondere des i. de itinere passen auf die Weide- und Forstservituten keineswegs. Die Praxis weiß von deren analoger Anwendung nichts.

26) B.G.B. § 1029 fordert zum Besitzesschutze einer Grunddienstbarkeit, daß sie für den Eigenthümer im Grundbuche eingetragen und mindestens einmal ausgeübt worden ist. Wird dann der Besitzer des herrschenden Grundstücks innerhalb eines Jahres seit der letzten Ausübung in der Ausübung gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Analoges gilt für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, § 1090 Abs. 2. Solange indessen das Grundbuch für das belastete Grundstück noch nicht als angelegt anzusehen ist, finden die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitze einer Grunddienstbarkeit auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. Anwendung. Nach dieser Zeit gelten für Dienstbarkeiten, die der Eintragung bedürfen, die Vorschriften des § 1029. Für solche, deren Eintragung nicht erforderlich ist (Einf.Ges. Art. 128, 187), gelten nach dieser Zeit jedenfalls nicht mehr die Bestimmungen des bisherigen Rechts über den Besitzesschutz, die Bestimmungen des B.G.B. aber nur ausnahmsweise. Vgl. Einf.Ges. Art. 191. Vgl. hierzu Preuß. Ausf.G. Art. 28.

Digitized by Google

bäude und behufs der Landkultur, haben ihre Wurzeln auf publicistischem Gebiete.[1] In Folge dessen konnte man für sie juristische Konstruktionen verwerthen, welche das römische Privatrecht ursprünglich nicht zuließ.

Es handelt sich darum, Staats- und Gemeindeland und kaiserliche Dominialgüter besser zu kultiviren, als dies durch fiskalische Selbstbewirthschaftung oder mittels Zeitpacht möglich war, zudem kapitalarme Bevölkerungsklassen in eine ähnliche Stellung wie Grundeigenthümer zu bringen, dennoch aber die ihnen überlassenen Besitzthümer dem Gemeinwesen nicht ganz zu entfremden, dem öffentlichen Schatze vielmehr durch einen Bodenzins eine stetige gleichmäßige Rente zu sichern.

Zuerst bildete sich die Superficies aus.[2] Alten Rechtens ist das interdictum de superficiebus des Superficiars, welcher ein Gebäuderecht auf Grund einer Erbpacht hatte.[3] Das Interdikt war bestimmt, den Streit zum Austrage zu bringen, wer von mehreren Prätendenten der wahre Superficiar sei, eine Frage, die bei Erbpachtsverhältnissen, welche in ferner Vorzeit begründet sind, sehr leicht zweifelhaft werden kann. Dem i. de superficiebus schloß sich später eine actio in rem utilis des Superficiars gegen den Besitzer der Sache an. Sie ging auch gegen den Grundherrn, wenn derselbe dem Superficiar den Besitz der Superficies vorenthielt. Damit erhielt die Superficies das Gepräge eines dinglichen Rechtes.[4]

Im Laufe der Zeit wurde auch Privaten verstattet, ihre Grundstücke zur Superficies auszuthun. Dieser Schritt war nicht ohne Bedenken. Bis dahin hatte das Privatrecht solche dingliche Rechte ausgeschlossen, welche eine dauernde Trennung der Nutzung vom Eigenthume mit sich brachten, da dieselbe in der That sociale und wirthschaftliche

---

1) Pernice, Parerga II S. 83 in d. Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 5 S. 82.

2) Ueber die Geschichte der Superficies siehe vorzugsweise Degenkolb, Dekret der Dekurionen von Puteoli, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 und Degenkolb, Platzrecht und Miethe 1867, Schmidt, das Recht der Superficies in der Savignyztschrft. Bd. 11 S. 132.

3) Das interdictum lautete — l. 1 pr. D. de superficiebus 43, 18 —: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quominus fruamini, vim fieri veto. Ueber die Verwandtschaft mit dem interdictum uti possidetis und mit dessen ursprünglichen Zielen vgl. oben § 171 Anm. 3.

4) Daß man den Schritt zögernd that, ergiebt die Fassung des in l. 1 pr. D. h. t. mitgetheilten Edikts: si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Die causae cognitio betraf ursprünglich ohne Zweifel das ganze Sachverhältniß. Nur wenn der Prätor die Sache besonders dazu angethan fand, gab er also die dingliche Klage. Nachdem sich die Klage eingebürgert hatte, erschien der Zweck besonderer causae cognitio zweifelhaft. Jetzt bezog man sie einzig auf die Frage, ob das Verhältniß für eine so lange Zeit begründet sei, daß eine besondere dingliche Klage erforderlich schien, l. 1 § 3 D. h. t. 43, 18.

Digitized by Google

Nachtheile im Gefolge hat. Man sah jetzt hierüber hinweg, um kleinen Leuten den dauernden Besitz von Wohngebäuden zu verschaffen.

Altherkömmlicherweise verpachteten ferner[5] Gemeinden und Priesterschaften landwirthschaftliche Grundstücke — agri vectigales — für immer oder für lange Zeit vererblich gegen einen jährlichen Zins.[6] Der Prätor gewährte auch solchen Erbpächtern eine actio in rem utilis gegen jeden Besitzer und erkannte ihnen damit ein dingliches Recht zu.[7] Nunmehr entstand die Kontroverse, ob solche Geschäfte Kauf oder Pacht seien.[8] Waren sie Pacht, so hatte der Erbpächter in Fällen der zufälligen Verminderung des Vektigalgrundstückes, ja selbst bei außergewöhnlichem Mißwachse Anspruch auf Nachlaß vom Pachtzinse.[9] Behandelte man das Geschäft als Kauf, so traf den Bebauer als Käufer alle Gefahr.

Verwandter Art war die in Griechenland seit Alters übliche Emphyteuse d. h. Erbverpachtung behufs Anpflanzung von Baumgärten und Weinbergen.[10] Sie wurde bei kaiserlichen Domanialgrundstücken — agri patrimoniales — häufig. Allmählich verschmolzen Vektigalrecht und Emphyteuse zu einem Rechtsinstitute.[11] Auch Kirchen gaben in der christlichen Kaiserzeit ihre Güter oft zur Emphyteuse. Dagegen finden sich Emphyteusen mit privaten Grundherren erst im justinianischen Rechte.[12]

---

5) Ueber die Geschichte der Emphyteuse vgl. Vuy, de originibus et natura juris emphyteutici Romanorum, Heidelberg 1838, auch Tigerström, über das frühere Verhältniß des Rechtes am ager vectigalis 1828.

6) In der l. 1 D. si ager vectigalis 6, 3 geht Paulus durchweg davon aus, daß die agri vectigales Grundstücke der Gemeinden seien. Auch Gaj. Inst. III § 145 versteht unter derartigen Grundstücken nur praedia municipium. Vgl. hierzu Hygin. p. 116: virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt locatim. Private konnten ihre Besitzthümer nicht als Vektigalland verpachten, siehe Pernice a. a. O. S. 84.

7) l. 1 § 1 D. si ager vectigalis 6, 3, vgl. Lenel, edictum S. 146.

8) Gaj. Inst. III § 145.

9) Insbesondere vertheidigte Papinian die Remission am Zins beim Mißwachs der Vektigalgrundstücke, l. 15 § 4 D. locati 19, 2. Viele beziehen Papinians Aeußerung auf „Zollpachtungen", so Bangerow Bd. 1 § 359, Windscheid Bd. 1 § 220, Anm. 7. Dies stimmt nicht mit dem Zusammenhange seiner Ausführung; siehe Pernice a. a. O. S. 86.

10) Dittenberger, de inscriptione Thisbensi ad emphyteuseos jus spectante: zum Lektionskatalog von Halle 1891/92.

11) In der l. 15 § 1 D. qui satisdare cog. 2, 8 wird dem Macer in den Mund gelegt: sed et qui vectigalem id est emphyteuticum agrum possidet. Offenbar ist dies Interpolation. Sie beweist aber, daß das justinianische Gesetzbuch Emphyteuse und Vektigalrecht gleichstellte. Dies geht auch aus der Ueberschrift des Pandektentitels 6, 3 hervor: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur. Mit Grund spricht sich Lenel, edictum S. 146, gegen Rudorff aus, welcher hier Worte des Ediktes findet. Die Ausbildung des emphyteutischen Rechtes geschah erst nach Hadrian, seine Identificirung mit dem Vektigalrechte erfolgte Jahrhunderte später.

12) Vgl. l. 2 C. de emphyt. jure 4, 66, Pernice Parerga a. a. O. S. 85.

Digitized by Google

Der alte Streit über die Natur des Erbzinsvertrages wurde von Kaiser Zeno geschlichtet. Es soll nicht Pacht und nicht Kauf sein, sondern ein eigener emphyteutischer Vertrag. Die wichtigste praktische Frage, welche sich an den Streit knüpfte, wurde dabei zu Ungunsten des Bebauers entschieden. Es soll eine Reduktion des Zinses bei zufälliger Verminderung oder Verschlechterung der Emphyteuse nicht mehr eintreten.[13] Der Billigkeit und wahren Gerechtigkeit entspricht dies schwerlich.

Superficiar und Emphyteuta nahmen im wirthschaftlichen und socialen Leben eine dem Grundeigenthümer ähnliche Stelle ein. Dies machte sich auch bei der Ausbildung ihrer Rechte geltend. Man verwerthete für sie die Analogie des Eigenthums, soweit dies mit dem Grundcharakter dieser Institute als weitausgedehnter Nutzungsrechte vereinbar war. Gleichwohl bilden sie nur dingliche Rechte an fremden Sachen. Eigenthümer ist der Grundherr. Sein Recht ist das fundamentale, auf die Totalherrschaft angelegte. Daher konsolidirt es sich von Rechtswegen, wenn Superficies oder Emphyteusis erlöschen.

Lange Zeit hindurch nahm die Theorie der Neueren bei der Emphyteusis, der Superficies und bei dem Lehen eine Theilung des Eigenthumes an. Dem Nutzungsberechtigten schrieb man nutzbares Eigenthum oder Untereigenthum — dominium utile —, dem Grundherrn Obereigenthum — dominium directum — zu. Heutzutage aber verwirft man die Lehre vom getheilten Eigenthume.[14] Sie ist mit

---

13) l. 1 C. de emphyteutico jure 4, 66. Imp. Zeno A. Sebastiano p. p.: Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum a. 476—484.

14) Der Ausdruck dominium utile stammt von den Glossatoren her. Diese sprechen überall von einem dominium utile in dem Sinne, wie nach den Quellen eine utilis rei vindicatio besteht, vgl. Landsberg, Glosse des Accursius S. 97. Das dominium utile umfaßte hiernach ganz verschiedene Fälle — auch die oben § 225 Anm. 4 ff. besprochenen —, eine gemeinsame Idee lag ihm offenbar nicht zu Grunde. Später identificirte man aber das dominium utile mit nutzbarem Eigenthume. Damit beschränkte man den Begriff auf das Recht des Emphyteuta, Superficiars, Vasallen und ähnlicher Nutzungsberechtigter. Nunmehr kam der Gedanke der Theilung des Eigenthumes auf. Man unterstellte, daß die in dem Eigenthume begriffenen verschiedenen Rechte verschiedenen Eigenthümern zukämen. Wer nur die Proprietät, d. h.

Digitized by Google

dem römischen Eigenthumsbegriffe unvereinbar. Nach diesem ist Eigenthümer, wessen Recht auf die Gesammtherrschaft über die Sache geht, wer also alle Befugnisse hat, die nicht besonders Anderen verliehen sind. Diese Stellung hat nur der Grundherr, nicht der Superficiar[15] oder Emphyteuta.[16]

§ 259. Superficies.[1]

I. Superficiarrecht — Platzrecht, Erbbaurecht — ist das vererbliche und veräußerliche dingliche Recht, ein Gebäude oder eine andere Anlage dauernd auf fremdem Boden zu haben. Dies Recht hat im gemeinen Rechte einen weiteren Thatbestand als in Rom.

Denn die Römer kannten Superficiarrechte nicht ohne Bodenzins — solarium[2] —; gemeinrechtlich ist ein Bodenzins nichts Wesentliches.[3]

---

die Verfügung über die Substanz habe, galt als Obereigenthümer, wer einige Rechte der Proprietät und zugleich die Nutzung der Sache habe, als nutzbarer Eigenthümer. Gegen diese Theorie trat vor allem Thibaut auf: Versuche Bd. 2 Abh. 3 und Abhandlungen n. 11. Seine Ausführungen hatten durchschlagenden Erfolg.

15) l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2. l. 49 D. de V. S. 50, 16.

16) l. 1 § 1 D. si ager vectigalis 6, 3. „quamvis non efficiantur domini", l. 3 § 4 D. de rebus eorum 27, 9, l. 71 §§ 5 und 6 D. de legatis 1, l. 10 D. fam. erc. 10, 2. In l. 12 C. de fundis patrimonialibus 11, 62 heißt es freilich von dem Emphyteuta „cum fundorum sint domini". Dies ist nicht wörtlich zu nehmen; es sollte die eigenthumsgleiche wirthschaftliche Stellung emphatisch betont werden. Die Erklärung Thibauts, Abhandlungen S. 274, 281, daß hier von einem besonderen Falle gesprochen werde, in welchem der Bebauer zu seinem jus in re das Eigenthum erwarb, ist schwerlich zutreffend.

1) Tit Dig. de superficiebus 43, 18; Degenkolb, Platzrecht und Miethe 1867; Wächter, Platzrecht in den Programmen der Leipziger Juristenfakultät und in 2. Ausgabe in der Sammlung von Abhandlungen dieser Fakultät 1868; A. Schmidt, das Recht d. Superficies, in d. Savignyzeitschrift Bd. 11 S. 121; Coviello la superficie im archivio giuridico Bd. 49 S. 3; Lucci das. Bd. 52 S. 251 und die bei Wächter und Coviello Angeführten. Vgl. B.G.B. §§ 1012 ff.: „Erbbaurecht".

2) Degenkolb a. a. O. S. 29. Das i. de superficiebus l. 1 pr. D. h. t. — abgedruckt oben § 258 Anm. 3 — forderte Ueberlassung des Baurechtes „ex lege locationis sive conductionis". Wenn Ulpian bei Besprechung der Klagen des Superficiars in der l. 1 § 1 D. h. t. äußert: „si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest", so denkt er unseres Erachtens nicht an verschiedene Verträge, sondern an die verschiedene Auffassung, welche der Normalvertrag bei den Juristen der klassischen Zeit fand, indem er von Einigen als Miethe, von Anderen als Kauf charakterisirt wurde, vgl. Gaj. Inst. III. § 145. Daher konnte Gaj. libro 25 ad edictum provinciale l. 2 D. h. t. definiren: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt. Aehnlich Paulus in der l. 74 D. de rei vind. 6, 1; vgl. ferner l. 17 D. de pign. a. 13, 7, l. 15 D. qui pot. 20, 4, l. 39 § 2 D. de damno infecto 39, 2, l. 2 § 17 D. ne quid in loco publico 43, 8. Offenbar kannte man hiernach nur zinsbare Superficiarrechte. Die l. 32 § 5 D. de jure dotium 23, 3 steht nicht entgegen. Sie handelt vom Verkauf eines Hauses auf Abbruch, Degenkolb a. a. O. S. 38. Vgl. Pernice, Parerga II a. a. O. S. 90 Anm. 1, Schmidt a. a. O. S. 152.

Digitized by Google

In Rom galt ferner als selbstverständlich, daß der Superficiar das Gebäude auf dem fremden Boden seinerseits errichte;[4] nach gemeinem Rechte ist Begründung einer Superficies an einem bestehenden Gebäude oder auch an einem Stockwerke desselben zulässig.[5] Endlich kennen die Römer Superficiarrechte nur für Gebäude; gemeinrechtlich finden sie sich auch für andere Anlagen, z. B. für Bäume, Wälder,[6] Eisenbahnen.

II. Die Quellen regeln die Verhältnisse der Superficies nur unvollständig; die Lücke ist durch Schlüsse aus dem Wesen des Institutes auszufüllen. Die Analogie des Eigenthumes kommt hierbei vorzugsweise in Betracht.[7]

1. Zur Begründung von Superficiarrechten genügt hiernach bloßer Vertrag nicht, vielmehr ist Tradition erforderlich.[8] Auch durch Vermächtniß kann zweifellos eine Superficies verliehen werden.[9] Endlich ist Ersitzung nicht zu entbehren, und praktisch anerkannt. Wo blieben sonst altbegründete Superficiarrechte, deren Titel im Laufe der Zeiten verschollen sind? Die Analogie der Eigenthumsersitzung bestimmt das Einzelne. Fundamentale Voraussetzung ist natürlich Besitz des superficiarischen Rechtes.[10]

3) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 145. Auch B.G.B. sieht von einem Bodenzins ab.

4) So Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 484; Brinz Pand. Bd. 1 S. 807; Pernice, Parerga a. a. O. S. 90 Anm. 1, anders Wächter a. a. O. S. 76. Vgl. die Inschrift des Adrast, Bruns fontes ed. VI. p. 303: Exemplaria litterarum . . . quibus ei permissum sit aedificare loco cannabae a solo aedificium juris sui pecunia sua praestaturus solarium sicut ceteri.

5) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 145, Bd. 31 S. 170. Siehe auch Friedr. Ackermann, über Stockwerkseigenthum. Gött. Inaug.Diss. 1891. B.G.B. § 1004: „Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Theil eines Grundstücks, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig" bezieht sich natürlich nur auf Erbbaurechte, die nach Inkrafttreten des B.G.B. begründet werden. Vgl. auch Einf.G. Art. 182.

6) Wächter a. a. O. S. 54. Eine Superficies ist auch in Gestalt eines Kellers möglich. Denn auch der Keller ruht auf dem Grund und Boden; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 152, Wächter a. a. O. S. 53. Nach B.G.B. muß es sich jedenfalls um ein Bauwerk handeln.

7) Vgl. oben § 258 am Ende, B.G.B. § 1017.

8) Tradition ist nach l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18 die Form für die Uebertragung einer bestehenden Superficies. Die Konsequenz verlangt, daß man sie auch für die Neubegründung fordert. Windscheid ist anderer Ansicht Bd. 1 § 223 Anm. 12 und 15, aber mit Recht erklärt sich gegen ihn Lenel in Iherings Jahrbüch. Bd. 19 S. 191. Vgl. R.G. Bd. 9 S. 194. B.G.B. § 1015 fordert Erklärung der Einigung des Eigenthümers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamt, und Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuche. Nach G.B.O. § 7 ist auf Antrag für das Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen; die Anlegung erfolgt von Amtswegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll.

9) Vgl. Arndts gesammelte Schriften Bd. 1 S. 233. Nach B.G.B. kann durch Vermächtniß nur ein obligatorisches Recht auf Einräumung eines Erbbaurechtes begründet werden.

10) R.G. Bd. 7 S. 146. Auch publicianische Superficiarrechte sind möglich,

Digitized by Google

2. Der Erwerb der bestehenden Superficies geschieht, entsprechend der Begründung einer noch nicht bestehenden, durch Tradition,[11] Vermächtniß, Ersitzung.

3. Ob der Superficiar Sachbesitz habe oder für den Grundherrn detinire und bloßer Rechtsbesitzer sei, ist bestritten. Nirgends ist aber ausgesprochen, daß der Grundherr Besitz der superficiarischen Grundstücke behalte. Dies liefe in der That auf eine bloße Fiktion hinaus. Der Superficiar ist vielmehr als der Sachbesitzer anzusehen.[12] Als Besitzer hat der Superficiar die possessorischen Klagen. Ihm stehen ferner die petitorischen Rechtsmittel wie dem Eigenthümer zu, also namentlich Vindikation, konfessorische und negatorische Klagen.

4. Der Superficiar kann sein Recht veräußern, aber auch die Sache verpfänden,[13] mit Lasten beschweren,[14] unvorgreiflich der Rechte des Grundherrn. Er hat das unbeschränkte Dispositionsrecht über das Gebäude. Nach dessen Abbruch gehören ihm die Baumaterialien.[15] Erhaltung oder Wiederherstellung des Gebäudes liegt ihm an sich nicht ob; sie kann ihm aber aufgelegt sein. Insbesondere ist, wer eine Superficies an einem Theil eines Hauses, z. B. an einem Keller, einem Stockwerke hat, gegenüber dem Eigenthümer, sowie den Superficiarien anderer Theile zur Erhaltung seines Gebäudetheiles verpflichtet. Dies ist eine aus seinem eigenartigen Rechte nothwendig fließende Belastung.

5. Der Grundzins, welchen der Superficiar dem Grundherrn zu leisten hat, gleicht einer Reallast. Er verpflichtet jeden Besitzer der Superficies zur Zahlung der während seiner Besitzzeit fälligen Prästationen und verbindet ihn zur Leistung der Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer.[16]

---

insbesondere im Falle gutgläubigen Erwerbes vom Nichteigenthümer. B.G.B. § 900 Abs. 2 kennt nur die Tabularersitzung.

11) l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18. Vgl. aber B.G.B. § 1017.

12) Vgl. oben § 173 Anm. 3. Gegen den juristischen Besitz des Superficiars erklären sich Degenkolb a. a. O. S. 92, Wächter a. a. O. S. 45. Vor allem ist Arndts, über den Besitz der Emphyteuse in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 3 S. 367 ff. und in den gesammelten Schriften Bd. 1 S. 277 zu vergleichen. Doch auch seine Gründe sind nicht schlagend. Man mag nach heutigem Rechte dem Grundherrn Besitz seines Rechtes gegenüber dem Emphyteuta zuschreiben. Dies entspricht dem realen Verhältnisse und giebt den Schlüssel zur Lösung von Schwierigkeiten, die Arndts hervorhebt. Aber Besitzer der Sache ist er nicht.

13) l. 1 § 6 D. h. t. 43, 18, l. 16 § 2 D. de pign. a. 13, 7, l. 13 § 3 D. de pign. 20, 1, l. 15 D. qui pot. 20, 4. Der Superficiar verpfändet nach römischer Auffassung die Sache — Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 218 ff. —, nicht bloß sein Platzrecht. — Wächter a. a. O.

14) l. 1 § 9 D. de superficiebus 43, 18, l. 1 pr. D. quibus modis usus fructus 7, 4; siehe oben § 251 Anm. 4.

15) Wächter a. a. O. S. 39.

Digitized by Google

6. Der Superficiar hat die öffentlichen Abgaben zu entrichten.[17]

7. Die Superficies erlischt, wenn die bei ihrer Begründung gesteckte Zeit abgelaufen ist, ferner wenn eine Verfallsklausel zugefügt ist, deren Fall, z. B. mehrjährige Nichtzahlung des Bodenzinses eintritt, sofern der Grundherr sich für die Verwirkung erklärt.[18][19] Auch Dereliktion beendigt die Superficies.[20] Endlich ist erlöschende Verjährung möglich. Man hat sie nach Analogie derjenigen des Pfandrechtes zu behandeln.[21]

§ 260. Emphyteusis.[1]

I. Emphyteusen sind dingliche Erbpachtsrechte, welche auf dem Grunde des römischen gesetzlichen Normalstatutes über die Rechte und Pflichten des Emphyteuta beruhen. Im römischen Rechte waren — von der Superficies abgesehen — dingliche Erbpachtsrechte nur in der Form der Emphyteuse möglich. In Deutschland bestanden seit Alters Erbzinsgüter verschiedener Art. Sie sind nach den Verträgen, nach ihrem Herkommen und nach lokalen Rechtsnormen zu beurtheilen. Der Theorie der römischen Emphyteuse unterliegen sie nur, wenn sie als solche gewollt waren.[2] Dies ist nicht

16) Wie die Römer die Verpflichtung des Superficiars und Emphyteutas zur Zahlung des Zinses rechtlich konstruirten, ist streitig. Der erste Erbzinsmann willigte für sich und seine Erben in die lex locationis ausdrücklich; sie hafteten also in Folge der actio locati — l. 1 § 1 D. de superficiebus 43, 18, l. 1 ff. D. si ager vectigalis 6, 3; Singularsuccessoren unterwarfen sich der lex locationis stillschweigend. Und zwar galt es als Vertragsrecht, daß sie auch die Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer übernahmen, arg. l. 7 D. de publicanis 39, 4, l. 39 § 5 D. de leg. I. Ohne Zweifel war für die Ausbildung dieser Rechtssätze die Behandlung der öffentlichen Abgaben Vorbild, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 352; Pernice, Parerga a. a. O. S. 88. Immerhin mußte es möglich sein, sie nach privatrechtlichen Kategorien zurechtzulegen. — Im gemeinen Rechte sind die Verbindlichkeiten zur Zinszahlung einfach als reallastähnliche, den jeweiligen Besitzer verpflichtende und zugleich auf der Sache lastende zu behandeln.

17) Nach Analogie der Emphyteusis und des Usufruktus, Windscheid Bd. 1 § 223 Anm. 10.

18) Gesetzliche Fälle der Verwirkung wie bei der Emphyteusis giebt es bei der Superficies nicht; vgl. Wächter a. a. O. S. 108.

19) Untergang der belasteten Sache beendigt die Superficies. Untergang des Hauses beendigt sie in der Regel nicht, da sie in dem Rechte besteht, auf fremdem Boden ein Haus zu haben und zu behalten. Auch nach B.G.B. § 1016 erlischt das Erbbaurecht nicht durch Untergang des Bauwerks.

20) Vgl. Wächter a. a. O. S. 120, siehe auch unten § 260 Anm. 25, B.G.B. § 875.

21) Vgl. Wächter a. a. O. S. 109.

1) Vgl. vorzugsweise Arndts gesammelte civilistische Schriften Bd. 1 S. 210 ff., Perna l'enfiteusi nel diritto antico e moderno 1892. cap. I. Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 63 läßt die landesgesetzl. Vorschriften über das Erbpachtrecht unberührt.

2) Im deutschen Mittelalter erhielten die Bauern vielfach von den Gutsherren Bauerngüter zu erblichem Nutzungsrechte, und zwar unter mancherlei Namen und

Digitized by Google

häufig, kommt aber vor. Namentlich finden sich hie und da kirchliche Emphyteusen,[3] d. h. solche, deren Grundherren Kirchen oder kirchliche Institute sind.

Die römische Emphyteuse entwickelte sich bei landwirthschaftlichen Grundstücken, ist aber auch an anderen Immobilien und selbst bei Gebäuden möglich geworden.[4]

II. Die Begründung neuer Emphyteusen, wie auch der Erwerb bestehender geschieht wie bei der Superficies durch Tradition,[5] Vermächtniß, Ersitzung.[6] Für die Begründung kirchlicher Emphyteusen durch Vertrag bedarf es der Schriftlichkeit. Abweichungen von den gesetzlichen Normen müssen auch bei weltlichen Emphyteusen schriftlich vereinbart sein.[7 8]

Der Emphyteuta hat Recht auf den Sachbesitz und in Folge dessen die possessorischen Rechtsmittel.[9] Auch petitorische Klagen stehen ihm in der Weise eines Eigenthümers zu.[10] Er kann veräußern, verpfänden und dingliche Lasten auf die Sache legen, unbeschadet der Rechte des Grundherrn.[11]

---

vielfach verschiedenen rechtlichen Bedingungen; vgl. Stobbe-Lehmann, deutsches P.R. Bd. 2 § 189. Sie unter die Normen der römischen Emphyteusen zu spannen, wie die romanistisch gebildeten Juristen früher zeitweise thaten, hat man mit Recht längst aufgegeben. Aber auch das hat keinen Grund, wie Windscheid Bd. 1 § 218 versucht, erbliche Nutzungsrechte an „fruchttragenden Grundstücken" dann nach den Grundsätzen der römischen Emphyteuse zu behandeln, wenn partikularrechtlich am Begründungsorte kein deutschrechtliches Erbzinsrecht besteht. Zur Anwendung dieser Grundsätze ist vielmehr erforderlich, daß eine „Emphyteuse" gewollt war. Vgl. R.G. Bd. 15 S. 184.

3) Arndts, Pand. § 195 Anm. 4.

4) Arndts ges. Schriften Bd. 1 S. 215. Die l. 15 § 26 D. de damno infecto 39, 2 bezieht sich wohl auf eine Superficies, bei der auch vectigal scil. solarium üblich war. Anders jedoch steht es mit nov. 7 cap. 3 § 2 und nov. 120 cap. 1 § 2.

5) In den Quellen wird von der Nothwendigkeit der Tradition nichts gesagt. Viele halten daher den Vertrag zur Begründung der Emphyteuse für ausreichend; vgl. Windscheid Bd. 1 § 221 Anm. 3 und dort Citirte. Aber die Analogie der Superficies spricht hiergegen. — Gutgläubiger Erwerb vom Nichteigenthümer giebt publicianisches emphyteutisches Recht, l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6, 2. Nach Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 63 finden auf das Erbpachtrecht die Vorschriften des § 1017 B.G.B. entsprechende Anwendung.

6) In l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6, 2 wird die Möglichkeit der usucapio von Vektigalgrundstücken geleugnet. Dies beweist aber nichts gegen die Zulassung der longi temporis praescriptio und der justinianischen Ersitzung. Jedenfalls ist Herkommen und Praxis für die Ersitzung der Emphyteusen, vgl. Arndts ges. Schriften S. 235. Anderer Ansicht Zimmern in seinen und Neustetels Untersuchungen n. 5 S. 127.

7) Dies ist die gemeine Meinung, welche sich auf nov. 120 cap. 6 § 2 stützt. Glück Bd. 8 S. 462; Arndts, Schriften S. 232.

8) l. 1 C. de emph. jure 4, 66, abgedruckt oben § 258 Anm. 13, l. 2 pr. C. eod.

9) Die Streitfrage ist dieselbe wie bei der Superficies, vgl. oben § 259 Anm. 12.

10) l. 16 D. de serv. 8, 1.

Digitized by Google

Das Nutzungsrecht des Emphyteuta ist ein ausgedehntes. Er gewinnt die Früchte mit ihrer Separation, nicht wie der Nießbraucher erst durch Perception.[12] Auch gebühren ihm nicht blos Früchte im eigentlichen Sinne, sondern auch andere Erträgnisse der Sache, z. B. Windbrüche. Aber die dem Eigenthume accedirende Hälfte des im emphyteutischen Grundstücke gefundenen Schatzes gehört nicht dem Emphyteuta, sondern dem Grundherrn.[13]

Dem Emphyteuta liegen Verpflichtungen gegen den Grundherrn ob. Gröbere Verletzungen derselben begründen Verwirkung der Emphyteuse — s. g. Privation —, ohne daß der Emphyteuta Ersatz seiner Meliorationen erhält.[14]

1. Der Emphyteuta hat die Emphyteuse im Stande zu halten und darf sie nicht verschlechtern.[15]

Deteriorationen ermächtigen den Grundherrn zur Privation.[16] Natürlich müssen sie schuldhaft und erheblich sein.

2. Der Emphyteuta ist ferner zur Entrichtung eines jährlichen Zinses verpflichtet.[17] Er hat diesen dem Grundherrn an den Fälligkeitsterminen unaufgefordert zu bringen.[18][19] Partielle Zerstörung oder Verminderung der Emphyteuse giebt keinen Anspruch auf Minderung des Zinses.[20]

Der Emphyteuta hat auch die öffentlichen Abgaben zu berichtigen

Wenn der Emphyteuta 3 Jahre lang dem Grundherrn den Zins und dem Staate die öffentlichen Abgaben nicht geleistet hat, so unterliegt er der Privation.[21] Bei kirchlichen Emphyteusen ist zweijährige Nichtentrichtung des Zinses Privationsfall.[22]

---

11) Vgl. l. 31 D. de pignoribus 20, 1. Ueber das Einzelne siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 221 und die bei Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. Citirten.

12) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1.

13) Es ist dies derzeit herrschende Meinung; vgl. Arndts Schriften Bd. 1 S. 216, Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. 3. Doch ist die Frage eine bestrittene.

14) Vgl. l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66, nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

15) nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

16) Die Quellen heben dies nur für kirchliche Emphyteusen hervor, nov. 120 cap. 8, cap. 3 X. de locato 3, 18. Allein es liegt hierin ein allgemeiner Rechtssatz, welcher im Miethrechte wurzelte, l. 3 C. de locato 4, 65. Ueber Kompensation von Verschlechterungen und Verbesserungen siehe Thibaut, Versuche Bd. 2 n. 2.

17) Der Zins wird vectigal, pensio, reditus und canon — l. 3 § 3 C. h. t. 4, 66 — genannt.

18) l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66.

19) Vgl. oben § 259 Anm. 16.

20) l. 1 C. h. t., abgedruckt oben § 258 Anm. 13. Ueber l. 15 § 4 D. locati 19, 2 siehe oben § 258 Anm. 9.

21) l. 2 C. de emphyt. jure 4, 66.

22) nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

Digitized by Google

3. Der Emphyteuta ist endlich verbunden, dem Grundherrn die Veräußerung der Emphyteuse und die Bedingungen des Veräußerungsvertrages anzuzeigen.

Der Grundherr hat dann ein alternatives Recht. Er kann entweder 2 % des Verkaufspreises oder bei Veräußerungen, die nicht auf Verkauf beruhen, des Werthes der Emphyteuse fordern oder binnen 2 Monaten ein Vorkaufsrecht geltend machen, mittels dessen er in das Kaufgeschäft eintritt und sein Eigenthum konsolidirt.

Nichtanzeige oder unredliche Anzeige, insbesondere falsche Angabe des Kaufpreises, ist mit Verlust der Emphyteuse bedroht.[23]

Das Recht der Privation ist dem Grundherrn erworben, sowie ihr Fall eingetreten ist. Es hängt von seiner Entschließung ab, ob er von ihm Gebrauch machen will. Nach römischem Rechte kann der Emphyteuta den Verlust nicht mehr dadurch abwenden, daß er nach Eintritt des Falles seine Verpflichtungen erfüllt, daß er namentlich die schuldigen Abgaben noch leistet. Gemäß des kanonischen Rechtes[24] aber erhält er sich die Emphyteuse durch nachträgliches Angebot vollständiger Leistung solange der Grundherr ihm die Einziehung noch nicht angezeigt hat.

Die Emphyteuse endigt durch Dereliktion seitens des Emphyteuta,[25] ferner durch erlöschende Verjährung.[26]

---

23) l. 3 C. de emphyt. jure 4, 66.

24) cap. 4 X. de locato 3, 18 verb. „si sibi satisfactione celeri non provi dit". Andere behaupten, daß die Mora bis zur Erhebung der Exmissionsklage noch purgirt werden könne, vgl. Arndts, Schriften S. 245 Anm. 159; Segré i. d. studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini 1892 S. 305 ff. über den Zeitpunkt der Privation und die anzustellende Klage.

25) Dies ist die in der Praxis herrschende Meinung, Glück Bd. 8 S. 532 Anm. 9. Sie ist auch die richtige. Es spricht hierfür die Analogie des Eigenthums und des Nießbrauches. Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 3.

26) Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 4. Natürlich geht die Emphyteusis auch unter durch Untergang der Sache, durch Ausscheiden derselben aus dem Verkehr und durch Konsolidation, wenn sie sich mit dem Eigenthume vereinigt.

Digitized by Google

Fünfter Abschnitt.

Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel.

Wesen und Geschichte.

§ 261. Begriff des Pfandrechtes.[1]

1. Die Lebensbedingung des Rechtsverkehrs ist der Kredit. Man entnimmt Darlehen, borgt in hundert Formen, kauft auf Kredit. Der Gläubiger gewährt ihn ohne Sicherstellung in der Regel nur Personen, deren Zahlungsfähigkeit ihm genau bekannt ist, und nur auf kurze Zeit. In weiteren Kreisen, auf längere Zeit giebt er Kredit nicht leicht auf bloße Handschrift — chirographarisch —, verlangt vielmehr Deckung durch Pfand, gewährt nur Realkredit.

2. Zu unterscheiden ist Pfandrecht im weiteren und im engeren Sinne. Im weiteren Sinne ist es ein unwandelbares Recht an einem Vermögensobjekte, aus welchem man im Falle nicht rechtzeitiger Abzahlung einer Forderung Befriedigung entnehmen kann. In diesem Sinne ist es nicht an eine einzelne Rechtsform gebunden, nimmt vielmehr verschiedene Gestaltungen an. Es kann durch Uebertragung des Eigenthumes, wie durch Bewilligung eines dinglichen Rechtes an fremden Sachen begründet werden. Nicht bloß körperliche Sachen dienen ihm, vielmehr zieht es alle verkäuflichen Vermögensobjekte in seinen Kreis, insbesondere Forderungen und Servituten.

Drei Dinge charakterisiren es vorzugsweise, einmal sein Ziel, die Sicherung einer Forderung, zweitens sein Mittel, das Recht der Ver-

---

1) Vom Pfandrechte handelt das 20. Buch der Digesten Justinians. Der römische Hauptschriftsteller war Marcianus ad formulam hypothecariam. — Eine ausführliche Bearbeitung giebt H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes 2 Bde. 1860 und 1864. Aeltere dogmatische Bearbeitungen sind Gesterding, Pfandrecht 1816, 2. Auflage 1831, und Sintenis, Pfandrecht 1836. Historische Zwecke verfolgt Bachofen, das römische Pfandrecht Bd. 1, 1847. — Eine Exegese des ersten Titels des 20. Buches der Digesten hat Bethmann-Hollweg unternommen unter dem Titel: das 20. Buch der Pandekten 1877. Die Principien des Pfandrechtes untersuchen vorzugsweise Sohm, die Lehre vom subpignus 1864; Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte 1867; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes 1863; Pfaff, zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 41 ff.; Kohler, pfandrechtliche Forschungen 1882, Ernst Demelius, das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem Recht, 1897. — Ueber das deutsche Pfandrecht vgl. Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867, Sohm, Natur und Geschichte der modernen Hypothek in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 10 ff., Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes 1899.

Digitized by Google

werthung des Pfandobjektes zu diesem Behufe, und drittens die Konstanz und Unwandelbarkeit dieses Mittels, so daß es als wahre Sicherheit erscheint.

Im besonderen und eigentlichen Sinne bezeichnen wir als Pfandrecht das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht an einer fremden körperlichen Sache, welches den Gläubiger zu deren Verkauf behufs seiner Befriedigung ermächtigt.

Diese Verpfändungsweise ist die gewöhnlichste. In ihr hat die Idee des Pfandrechtes ihren vollkommensten Ausdruck gefunden. Denn dem Gläubiger werden keine anderen Rechte übertragen als solche, die den Zweck der Beitreibung seiner Forderung haben; hierzu dient ihm das Recht des Pfandverkaufes, und dieses Recht ist ihm vollkommen gewährleistet, da es als dingliches Recht die Sache unmittelbar und dauernd ergreift und jedes Eigenthumswechsels unerachtet bleibt.[2]

3. Als Sicherstellung ist das Pfandrecht der Bürgschaft verwandt, bei welcher sich ein Nebenschuldner — der Bürge — für die Schuld eines Anderen obligirt.[3] Den Römern erschien die Bürgschaft als das bessere Sicherheitsmittel, denn sie fügt der materiellen eine moralische Gewähr hinzu, da unzuverlässige Personen nicht leicht gute Bürgen finden.[4] Im neueren Rechte gilt das Pfandrecht als das bessere Kreditmittel, denn es hat den Vorzug größerer Unerschütterlichkeit und Durchsichtigkeit.[5 6]

2) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 96. Neuere Schriftsteller verwerfen meist die Unterscheidung des Pfandrechtes im engeren und im weiteren Sinne. Der Begriff des Pfandrechtes soll ein einheitlicher sein. Damit sucht man, wie wir fürchten, die Quadratur des Cirkels. Sohm, subpignus, behauptet, das Pfandrecht habe zwar einheitlichen Inhalt, aber verschiedene Formen; danach ist kein sachlicher Streit zwischen uns. Bremer a. a. O. glaubt die Einheit des Pfandrechtes dadurch zu schaffen, daß er jedes Pfandrecht als Recht am Rechte charakterisirt. Wer also ein Grundstück verhypothecirt, thut dies nur scheinbar, er verpfändet in Wahrheit sein „Eigenthumsrecht" an dem Grundstücke. Dies ist gesucht und überkünstlich. Exner a. a. O. — S. 189 — führt aus, daß alles Pfandrecht mit unmittelbar dinglicher, wenngleich verschieden gespannter und möglicher Weise latenter Kraft körperliche Sachen ergreife; auch das Pfandrecht an Forderungen gebe dem Gläubiger dingliches Recht, nämlich an der geschuldeten Sache; die persönliche Klage des Forderungsgläubigers bezwecke nur, dies Recht zur Perfektion zu bringen, indem sie dessen Objekt aus dem Vermögen des Drittschuldners in das des Verpfänders hinüberschaffe, in dieser Funktion vergleichbar einer actio ad exhibendum. So scharfsinnig diese Deduktion erscheint, so kann sie gleichwohl nicht überzeugen; auch sie ist zu künstlich und verdunkelt die Verschiedenheiten zwischen den verschiedenen Verpfändungsweisen. Wieder anders Pfaff in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 73. Vgl. noch Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 7 und Arndts § 364 Anm. 4.

3) Siehe über das Verhältniß von Pfandrecht und Bürgschaft Dernburg Pfandr. Bd. 1 S. 1 ff.

4) Die praetoriae stipulationes insbesondere — vgl. oben § 167 — verlangten Bürgen; Pfandbestellung genügte nicht, l. 7 D. de stip. praet. 46, 5.

Digitized by Google

4. Das Pfandrecht und die Bürgschaft sind accessorische Rechte, d. h. sie sind einer persönlichen Forderung zu liebe da, und erlöschen nothwendig mit deren Untergang. Dies ist die herrschende Meinung.[7] In neuerer Zeit hat jedoch dieselbe zahlreiche und gewichtige Gegner gefunden, welche die Verbindung des Pfandrechtes mit einer persönlichen Forderung für nichts Wesentliches erachten.[8]

In der That handelt es sich hierbei um einen tiefgehenden Gegensatz zwischen römischen und deutschen Auffassungen.

Im deutschen Recht bildete sich nicht blos Personalkredit aus, sondern auch wahrer Realkredit. Realkredit aber heißt: man traut dem Grundstück, man leiht Kapital, um eventuell aus ihm seine Befriedigung zu holen. Daneben ist eine persönliche Verpflichtung des Grundbesitzers wohl möglich, ja häufig, aber sie ist etwas Accessorisches und nichts Wesentliches.[9] Bei den Römern dagegen bestand im Grunde nur Personalkredit, welchem durch die Hypothek Verstärkung und ein Vorrecht ertheilt wurde. Damit ist von selbst gegeben, daß die römische Hypothek nichts als Zubehör einer persönlichen Forderung gegen den Schuldner ist, und daß sie mit ihr steht und fällt.[10]

5. Das römische Pfandrecht hat zwei Unterarten:

a) pignus (Faustpfand), das mittels Aushändigung der Pfandsache an den Gläubiger begründete Pfandrecht[11] und

---

5) Insbesondere sind die Prozeßkautionen nach der C.P.O. § 108 durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in Werthpapieren zu bestellen. Auch B.G.B. fordert prinzipiell Realsicherheit, nur in Ermangelung derselben Sicherheit durch tüchtige, d. h. hinlänglich vermögende Bürgen, vgl. §§ 232 ff.

6) Schon Pomponius libro 11 ad Sabinum — l. 25 D. de R. J. 50, 17 — äußert: plus cautionis in re est quam in persona.

7) Vgl. l. 43 D. de solut. 46, 3. Ulpianus libro 2 regularum: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora.

8) Brinz, Pand. Bd. 2 Aufl. 2 S. 839 ff. nimmt an, daß zwar nach römischem Rechte kein Pfandrecht ohne persönliche Obligation entstehe, daß aber der Fortbestand dieses letzteren nicht mehr von dem der persönlichen Obligation, sondern einzig von Leistung und Nichtleistung, Befriedigung oder Nichtbefriedigung als seiner Bedingung abhängig sei. Aehnlich Windscheid Bd. 1 § 225 Ziffer 2 und viele Andere. Der scharfe Gegensatz zu der — oben Anm. 7 angeführten — regula des Ulpian bleibt hierbei ungelöst. Vgl. auch Demelius a. a. O. S. 104.

9) Dernburg, Preuß. Hyp.Recht Abth. 2 S. 2 ff. in der Sammlung der deutschen Hypothekenrechte von Meibom VIII. Ueber das Recht des B.G.B. vgl. Dernburg, bürg. R. Bd. 3 S. 569 ff.

10) Pfandbestellung ist keine Schenkung an den Gläubiger, weil sie dessen Ansprüche sichert, nicht sein Vermögen vergrößert, l. 1 § 19 D. si quid in fraudem patroni 38, 5, ebensowenig bildet der Erlaß eines Pfandrechts eine wahre Schenkung, da der Gläubiger sein Forderungsrecht behält und nur eine Sicherung aufgiebt, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 20.

11) l. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 28 ad edictum: Proprie

Digitized by Google

b) hypotheca, das ohne sofortige Aushändigung an den Gläubiger bestellte Pfandrecht.

Ihrem Wesen nach sind beide Arten in Rom nicht verschieden, denn beide gewähren das Verkaufsrecht, beide die dingliche Pfandklage.[12] Doch thatsächlich giebt das Faustpfand höhere Sicherheit, insofern der Besitz gegen Verbringung und Verderb der Pfandsache sichert.

Das römische Recht läßt die Hypothek an Mobilien wie an Immobilien zu.[13] Das Reichsrecht dagegen fordert zur Wirksamkeit der Verpfändung von Mobilien ihre Uebergabe an den Gläubiger.[14]

§ 262. Dinglicher Charakter des Pfandrechtes.

1. Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht.[1] Wohl ist es anderer Art, als die bisher betrachteten dinglichen Rechte an fremden Sachen; denn nicht auf den physischen Gebrauch und die Gewinnung des Ertrages zielt es ab, sondern es berechtigt zur Veräußerung der Substanz; zu dem Zwecke aber bindet es die Sache unmittelbar und dauernd, und unterwirft sie so der Verfügung des Gläubigers. Darin liegt das Wesen des dinglichen Rechtes.[2]

---

pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

12) In l. 5 § 1 D. de pign. 20, 1 geht Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam so weit, auszusprechen: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt; vgl. § 7 J. de act. 4, 6: inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest. Eine Konsequenz der begrifflichen Gleichheit von pignus und hypotheca zieht Ulpian libro 40 ad Sabinum in l. 1 § 1 D. de pign. act. 13, 7: Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

13) Vgl. übrigens Gajus libro 6 ad legem XII tabularum l. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16 pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Diese naive Etymologie des Wortes pignus gab Veranlassung zur Bildung des deutschen Wortes „Faustpfand". Ueber die sprachliche Abstammung des Wortes pignus vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 49.

14) Siehe unten § 264.

1) l. 30 D. de noxalibus actionibus 9, 4. Gajus libro ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto: . . . sive domini sint sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius. Die Aeußerung wiederholt l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2.

2) Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 26 ff. sucht das Charakteristische des dinglichen Rechtes in der Befugniß, selbsthandelnd auf das Objekt des Rechtes einzuwirken. Der Hypothekengläubiger habe aber wenigstens nach neuerem Rechte nicht die Befugniß zu eigenen Handlungen in Bezug auf das hypothekarische Grundstück; denn den Zwangsverkauf besorge das Gericht. Der Vordersatz Sohms ist nicht richtig. Eine Aussichtsgerechtigkeit z. B. giebt ein Verbietungsrecht, aber nicht die Befugniß, selbsthandelnd auf die dienende Sache einzuwirken. Und doch wurde ihr dinglicher Charakter noch nie bezweifelt.

Digitized by Google

Die Folgen des dinglichen Charakters sind:

a) Die Pfandsache bleibt dem Pfandgläubiger, jedes Eigenthumswechsels unerachtet, verhaftet: es macht hierfür keinen Unterschied, ob der spätere Eigenthümer sein Recht vom Verpfänder herleitet, oder ob er das Eigenthumsrecht originär, etwa durch Ersitzung erwarb.

b) Das einmal begründete Pfandrecht geht späteren Pfandrechten vor. Es hat auch die Priorität vor dinglichen Rechten anderer Art, die nach ihm entstehen, z. B. einem Nießbrauch, einer Grundgerechtigkeit.

2. Von Vielen wird der dingliche Charakter des Pfandrechtes bekämpft. Sie wollen es als Forderungsrecht aufgefaßt haben. Und zwar betrachten einige das Pfandrecht als ein Forderungsrecht gegenüber der Sache selbst,[3] andere als eine Forderung gegenüber dem jeweiligen Eigenthümer der Sache.[4]

Beides ist unhaltbar.[5] Die Sache kann nicht Schuldner sein, denn ein Schuldner soll leisten, handeln! wie sollte dies der Sache möglich sein? Denkbar wäre eher, den jeweiligen Eigenthümer der Sache als Schuldner anzusehen. Doch diese Konstruktion entspricht dem Thatbestande des Pfandrechts nicht. Denn:

a) Forderungsgläubiger haben gleiche Rechte, das Alter giebt dem einen vor dem anderen keinen Vorzug; dagegen ordnen sich dingliche Rechte untereinander nach dem Alter.[6]

Dem Pfandrechte nun ist es eigenthümlich und charakteristisch, daß das Alter den Vorrang giebt. Nicht den Forderungsrechten also gehört es zu, sondern den dinglichen Rechten. Man kann nicht mit Fug einwenden, daß auch gewisse Forderungen ein Vorrecht — privilegium exigendi — vor anderen haben, denn dies ist Ausnahme, das Vorrecht des älteren Pfandrechtes Regel. Zudem aber beruht das Privileg von Forderungen nie auf ihrem Alter, sondern ausschließlich auf gewissen andern Eigenschaften derselben.

b) Wäre das Pfandrecht ein Forderungsrecht, so könnte es den später begründeten dinglichen Rechten an der Pfandsache, z. B. einem Nießbrauche,

---

3) Diese Ansicht vertheidigte Büchel, civilrechtliche Erörterungen I 2. 1833, in 2. Aufl. 1847 Bd. 1 S. 259 ff. Sodann auch Sintenis, Pfandrecht § 2; Vangerow Bd. 1 § 363 Anm. 2.

4) Meibom, Mecklenburg. Hypothekenrecht § 5; ferner Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 27; Ehrenberg, beschränkte Haftung S. 434 und andere.

5) Ueber die dingliche Natur des Pfandrechtes vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 4 S. 104 ff.; Exner, Kritik S. 47; Kohler pfandrechtliche Forschungen § 5. Für dieselbe sind u. a. Puchta, Pand. § 193; Keller, Pand. § 190; Windscheid Bd. 1 § 224 Anm. 8.

6) Vgl. oben § 42 Abs. 8, 1. Abthlg. S. 91.

Digitized by Google

nicht die Spitze bieten; und doch ist dies der Fall. Auch hierin offenbart sich der Charakter des dinglichen Rechtes.

c) Endlich weist die Gestaltung der römischen Pfandklage unzweideutig auf die Dinglichkeit des Pfandrechtes hin.

Die Pfandklage geht nämlich in Rom nicht auf Zahlung der Schuld, wie dies der Fall sein müßte, wenn sie aus einer Forderung entspränge. Ihr petitum ist Herausgabe der Sache, nicht anders wie bei einer Eigenthumsklage. Man darf nicht einwenden, daß der Beklagte die Klage durch Angebot der Schuldsumme beseitigen darf, denn hierin liegt ein Recht der Vertheidigung, nicht der Gegenstand der Klage.

Einen gewissen Eindruck zu Gunsten der Gegner macht auf den ersten Blick, daß die Quellen regelmäßig von „rem obligare" und von „rei obligatio" reden, wenn sie von Verpfänden und Pfandrecht handeln. Damit scheint der Charakter als Forderungsrecht klar bezeugt. Aber auch dies entscheidet nicht; denn das römische „obligare" bedeutet nichts anderes als „rechtlich festbinden". Demnach begreift es nicht bloß die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners, sondern nicht minder die dingliche Unterwerfung der Sache unter das Recht des Pfandgläubigers.[7]

§ 263. Fiducia und Hypothek.

1. Dem älteren römischen Rechte war die Hypothek fremd. Die echtrömische Verpfändungsweise war die fiducia.[1]

Sie bildete ein Doppelgeschäft. Man übereignete nämlich das Pfandobjekt dem Gläubiger in den Formen der mancipatio oder in jure cessio und verband hiermit einen Nebenvertrag — pactum fiduciae —, wonach der Pfandgegenstand in treuen Händen des Gläubigers sein sollte.[2]

---

7) Brinz, Bd. 2 §§ 206, 346 definirt Obligation so allgemein, daß Sachen- und Personenhaftung inbegriffen sind. Vgl. gegen ihn Rümelin im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 n. 8.

1) Ueber die fiducia siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 2; Oertmann, die fiducia 1890 und dort Angef., vgl. darüber Heyrovsky in Grünhuts Ztschr. Bd. 18 S. 354 ff., Bruckner, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 36 S. 1; siehe ferner Jacquelin de la fiducie 1891; Goeppert, zur fiducia cum amico contracta in der Savignyztschr. rom. A. Bd. 13 n. 9.

2) Das Formular der fiducia lautete in der ersten Kaiserzeit nach der in Spanien aufgefundenen Erzinschrift, Bruns fontes ed. VI S. 294: Dama L. Titi servus fundum Bajanum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi uti optimus maximusque esset, sestertio nummo uno et hominem Midam sestertio nummo uno fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Bajano libripende . . .

Digitized by Google

Als Eigenthümer hatte der Gläubiger die volle Legitimation zu jedweder Verfügung über das fiducirte Objekt. Er konnte es beliebig für sich verwerthen. Aber in Folge des pactum fiduciae sollte er sein Recht nur zu Pfandzwecken ausüben.

Zwei Klauseln waren gewöhnlich; einmal ein pactum de vendendo, wonach sich der Gläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Tilgung der versicherten Forderung durch Verkauf der fiducirten Sache aus deren Erlös befriedigen durfte, und außerdem eine lex commissoria, wonach er die Sache in jenem Falle statt der Forderung endgültig für sich behalten konnte.[3]

Gegen Treubruch des Pfandgläubigers schützte die actio fiduciae. Mittels derselben konnte der Verpfänder Rückübereignung der fiducirten Sache gegen Angebot der Schuldsumme fordern, sofern sie noch nicht kontraktgemäß verkauft oder dem Gläubiger verfallen war. An die Verurtheilung des Gläubigers in Folge der actio fiduciae knüpfte sich Infamie; sie bildete die Strafe seiner Untreue.[4] Auf dieses persönliche Forderungsrecht beschränkte sich aber der Anspruch des Verpfänders. Sein Eigenthumsrecht an der Fiducia hatte er aufgegeben und damit jede dingliche Klage wegen derselben. Gegenüber Dritten, welchen der Gläubiger die fiducirte Sache treulos zuwendete oder die sonst, z. B. durch Entwendung, in deren Besitz gekommen waren, hatte er also kein Rückforderungsrecht.

Der Gläubiger war als Eigenthümer der fiducirten Sache zu deren Besitz berechtigt. Doch überließ er sie häufig dem Verpfänder — precario — auf Widerruf. Thatsächlich war dem Verpfänder damit zunächst geholfen, aber sein Besitz war ein unselbständiger, vom guten Willen des Gläubigers durchaus abhängiger.[5]

---

antestato . . . adfines fundo dixit L. Bajanius L. Titium et C. Sejum et populum et si quos dicere oportet. Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi servum et L. Bajanium quam pecuniam L. Bajanio dedit dederit credidit crediderit expensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit promiserit, spondit spoponderit fideve quid sua jussit jusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset. si pecunia sua quaque die L. Titio heredive ejus data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius heresve ejus vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet: mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret . . . Vgl. Degenkolb, Zeitschrift f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 117. Eine neuerdings aufgefundene Urkunde über eine fiducia hat Eck, Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 9 S. 60 erläutert; dagegen Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 573 Anm. 3. Vgl. aber Bruns fontes ed. VI S. 292 (Mommsen), Gradenwitz in d. Savignyzeitschrift rom. A. Bd. 14 S. 126.

3) Vgl. Paul. sent. II. 13.

4) Siehe oben § 58.

Digitized by Google

Der Gläubiger hatte eine persönliche Forderung gegen seinen Schuldner und daneben deren Sicherung durch die Fiducia.[6]

Hierdurch unterscheidet sich die Fiducia wesentlich von dem Verkaufe auf Wiederverkauf zu Pfandzwecken, welcher heutzutage oft vorkommt. Bei diesem Geschäfte verkauft der Schuldner seinem Gläubiger Objekte bis zum Betrage seiner Schuld, kompensirt diese Schuld mit dem Kaufpreise und bedingt sich das Recht des Rückerwerbes der verkauften Objekte gegen eine Summe aus, welche dem Verkaufspreise unter Zuschlag von Zinsen entspricht. Nicht selten behält ein solcher Verkäufer hierbei die Detention leihweise zurück und überträgt den juristischen Besitz auf den Käufer nur durch constitutum possessorium. Eine Forderung des Geldgebers auf Schuldzahlung besteht bei diesem Geschäfte nicht, die Rückzahlung ist Vergünstigung, um die verkauften Objekte zurückzuerlangen; sie ist keine Pflicht. —

2. Neben der Fiducia entwickelte sich die Hypothek in Rom nur allmählich.[7] Keime der Hypothek finden sich zwar frühzeitig im nationalen römischen Verkehr. Aber ihre Ausbildung verdankten sie dem Einflusse des hellenischen Rechtes.[8]

Seit Alters war es nichts Seltenes, einem Gläubiger eine Sache zum Faustpfande — pignus — einzuhändigen, so daß er sie bis zur Tilgung seiner Forderung zurückbehielt. Die Sicherung des Gläubigers war hier eine bloß thatsächliche. Sein Besitz gab ihm Gewähr.

Einen Fortschritt vermittelte der Pachtvertrag. Die Pächter verpfändeten häufig den Verpächtern ihr in das Pachtgut eingebrachtes — inferirtes — Mobiliar und gaben ihnen das Recht, dasselbe im Falle der Nichtzahlung des Pachtzinses zurückzuhalten.[9] Auch ein solches Pfandrecht hatte ursprünglich seinen Schutz in der thatsächlichen Stellung und Macht des Verpächters. Aber diese reichte nicht aus, wenn der Pächter mit seinen Sachen, ohne den Pachtzins zu zahlen, abzog, ehe das Vor-

---

5) Auf die sich anschließende usureceptio fiduciae kann hier nicht eingegangen werden; vgl. Gaj. Inst. II §§ 59 und 60, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 23.

6) Siehe das Schema in Anm. 2, Paul. sent. II 13 § 2.

7) Ueber die Verpfändung an den Staat — die Prädiatur — siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 3, Mommsen, die Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1855 S. 466 ff., Zimmermann, de notione et historia cautionis praedibus praediisque 1857, Rivier, cautio praedibus praediisque 1863, Karlowa, Rechtsg. Bd. 2 S. 47.

8) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 4 ff., Kuntze, z. Geschichte des römischen Pfandrechts 1893.

9) Gaj. Inst. IV. § 147. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Die Stelle ist übernommen in § 3 J. de interdictis 4, 15.

Digitized by Google

haben zur Kunde des Verpächters kam. Um deswillen gab der Prätor den Verpächtern zunächst das interdictum Salvianum wegen der ihm verpfändeten Illaten des Pächters und dann auch eine dingliche Klage, die actio Serviana.[10]

In Anlehnung hieran gewährte er später auch aus anderen Pfandverträgen dingliche Klagen.[11] Sie führten den Namen actio quasi Serviana, aber auch actio hypothecaria, pigneraticia in rem. Von dem Einflusse des griechischen Rechtes giebt die Aufnahme der Worte hypotheca, hyperocha, antichresis in das römische Pfandrecht Zeugniß. Seit langer Zeit waren in griechischen Rechten formlose Pfandverträge anerkannt; es liegt zu Tage, daß dies Vorbild die Ausbildung des römischen Pfandrechtes wesentlich mitbestimmt hat.[12]

Die Hypothek verdrängte die fiducia Schritt für Schritt. Namentlich geschah dies außerhalb Italiens. Im justinianischen Rechtsbuche ist die fiducia, mit welcher sich die römischen klassischen Juristen noch häufig beschäftigten, ausgemerzt.[13]

§ 264. Die Formalisirung des Pfandrechtes in Deutschland.

1. Die formlose Hypothek war den Römern als bequemes Kreditmittel willkommen. Aber schließlich war Zerrüttung der Kreditverhältnisse die Folge des Institutes.

Dasselbe brach der Generalhypothek Bahn, d. h. der Verpfändung aller Vermögensobjekte des Schuldners, auch der künftig von ihm zu erwerbenden mittels einer Generalklausel.[1] Hierdurch konnten sich einzelne Gläubiger ein

10) § 7 J. de actionibus 4, 6. Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Die actio Serviana wurde hinter das Salvianum eingeschaltet, woraus sich erklärt, daß die römischen Juristen das Pfandrecht in den Edittkommentarien bei Gelegenheit der Interdikte behandelten.

11) Lenel, edictum perpetuum S. 397 rekonstruirt die Formel der actio quasi Serviana folgendergestalt: Si paret inter Am Am et Lucium Titium convenisse, ut ea res q. d. a. Ao Ao pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quominus solvatur satisve fiat, nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao condemna, s. n. p. a.

12) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 67 ff. Einen Gegensatz zum römischen Rechte in Beziehung auf einen einzelnen Punkt weist nach Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechtes S. 113 ff. Vgl. Hitzig, das griechische Pfandrecht 1895, und hierüber Kübler in der Ztschr. der Savigny-Stiftg., rom. Abthlg. Bd. 16 S. 344.

13) Lenel in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 3 S. 104 ff.

Digitized by Google

Vorrecht zum Nachtheil der übrigen beliebig schaffen. Man suchte ein Gegengewicht in zahlreichen gesetzlichen Special- und Generalhypotheken, welche besonders zu begünstigenden Forderungen zu gute kamen. Im Grunde wurde damit das Uebel nur ärger.

Der Personalkredit verlor die gesunde Basis. Auch der dingliche Rechtszustand gerieth in Unsicherheit. Niemand konnte beim Erwerbe von Sachen oder von dinglichen Rechten an denselben, insbesondere von Hypotheken, mit Sicherheit wissen, ob sie nicht durch vorgehende Hypotheken entwerthet waren. Den Betrügereien, die sich hieran anknüpfen ließen, konnte die Drohung der öffentlichen Strafe wegen Betruges — Stellionat — nur zum Theile steuern.[2]

2. Eine besonders gefährliche Form des Betruges war, daß man Hypothekenurkunden mit einem gefälschten Datum versah und ihnen hierdurch einen Altersvorzug vor bereits bestehenden Hypotheken andichtete. Hiergegen traf Kaiser Leo Maßnahmen. Pfandrechte aus Urkunden, die vor der Obrigkeit — publice — oder vor 3 Zeugen — quasi publice — errichtet waren, sollten den privatschriftlichen vorgehen, auch wenn die letzteren ein älteres Datum an sich trügen.[3] Es war dies ein nützliches Palliativ gegen grobe Ausschreitungen; an der Wurzel war damit das Uebel nicht gefaßt.[4]

3. In Deutschland recipirte man mit dem römischen Rechte auch die römische Hypothek. Nur lokal erhielt sich zunächst älteres Recht, wonach die Bestellung von Pfandrechten an Immobilien vor dem Richter der belegenen Sachen geschah und in dessen Bücher eingetragen wurde.

1) Vgl. über die Generalhypothek Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 55 ff. Gajus in der l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1 nennt die Generalverpfändung eine Klausel „quae cottidie inseri solet cautionibus". Siehe über sie l. 6, 7, 8 D. de pignoribus 20, 1, l. 9 C. quae res pignori 8, 16.

2) l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20.

3) l. 11 C. qui potiores in pignore 8, 17. Imp. Leo: Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. § 1 Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. a. 472.

4) Ueber die Streitfragen, die sich daran knüpften, daß man dieser Verordnung eine Tragweite geben wollte, die ihr an sich nicht innewohnte, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 151, Arndts § 386, Windscheid Bd. 1 § 245.

Digitized by Google

Allmählich aber kam man zu Umgestaltungen des gemeinen Rechtes. Sie fielen zunächst der partikularen Gesetzgebung[5] anheim; ihr folgte dann die Reichsgesetzgebung, welche die Entwicklung zum Abschluß gebracht hat.

a) Die Reform des Pfandrechtes an Immobilien — vor allem in Preußen gefördert — knüpfte sich zunächst an die Verordnung des Kaisers Leo. Man behandelte als öffentliche Pfandrechte an Immobilien nur die beim Richter der belegenen Sache angemeldeten und eingetragenen. Man beseitigte ferner das Vorrecht der „pignora quasi publica" und entzog schließlich ihnen und den bloßen Privathypotheken an Immobilien die dingliche Kraft. Am meisten Widerstand fand, weil auch ethische und humane Rücksichten im Spiel zu sein schienen, die Anforderung der Eintragung auch der gesetzlichen Hypotheken, was sie zu bloßen Titeln auf Begründung eines Pfandrechts herabdrückt. Doch auch dies wurde durchgesetzt.

Nach dem Rechte des B.G.B. vollzieht sich die Verpfändung von Grundstücken nur durch Eintragung in die Grundbücher. Diese Eintragungen haben öffentlichen Glauben, d. h. zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.[6]

b) Die Verpfändung von Mobilien wurde durch zahlreiche Partikularrechte an die reale Uebertragung des Besitzes geknüpft. Das constitutum possessorium, d. h. die Erklärung des Verpfänders, für den Pfandgläubiger besitzen zu wollen, genügte nicht.[7 8 9]

Die Reichsgesetzgebung hat sich dem durchaus angeschlossen.[10]

---

5) Die Entwickelung der preußischen Gesetzgebung, die den größten Einfluß gewann, geben Dernburg und Hinrichs, preußisches Hypothekenrecht Abth. 1 S. 6 ff.

6) Näheres über das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bei Dernburg, bürg. R. Bd. 3 S. 132 ff.

7) Ueber die Verwendung des Konstituts zu Sicherheitszwecken in früherer Zeit siehe Biermann, traditio ficta S. 239, 309.

8) Siehe übrigens Leonhard, über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag in den — von Gruchot begründeten — Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 25 S. 177 ff.

9) Oft schließen die Parteien zur Sicherung von Geldforderungen einen Verkauf von Objekten des Geldempfängers unter Vorbehalt des Wiederkaufes in der oben § 263 geschilderten Weise. Hierbei bleibt der Verkäufer nicht selten im Naturalbesitz, indem er die verkauften Objekte bloß durch constitutum possessorium tradirt. Es fragt sich, ob solche Geschäfte als wirksame Verpfändung von Mobilien mittels constitutum possessorium anzuerkennen sind? R.G. Bd. 13 S. 200 hat das verneint, wenigstens bezüglich des mecklenburgisch schwerinischen Gesetzes vom 26. Mai 1878 § 3. Vgl. aber auch die oben § 31 Anm. 11 angeführten Schriftsteller, sowie Seuff. A.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Voraussetzungen des Pfandrechts.

I. Die Entstehungsgründe.

§ 265. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechtes im Allgemeinen.

1. Das Pfandrecht entsteht durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung,[1] ferner durch den Richter und endlich unmittelbar in Folge des Gesetzes.[2]

Es wird also entweder mit dem Willen des Eigenthümers durch Rechtsgeschäft oder ohne und gegen den Willen des Eigenthümers durch das Gericht oder von Rechtswegen begründet. Wenn die Römer dies gesetzliche Pfandrecht ein stillschweigendes nennen, also auf den präsumtiven Willen des Eigenthümers zurückführen,[3] so ist dies eine Vorstellung, welche der Realität der Verhältnisse nicht entspricht. Denn auf das Vorhandensein dieses Willens kommt es beim gesetzlichen Pfandrechte nicht an.

2. Die Verpfändung ist nach römischem Recht entweder eine generelle, d. h. das ganze jetzige und künftige Vermögen ergreifende oder eine specielle, wenn sie sich nur auf einzelne Vermögensbestandtheile bezieht. Schon im gemeinen Recht sind wenigstens die generellen Pfandrechte überwiegend zu bloßen Pfandrechtstiteln geworden.

a) Die freiwillige Bestellung.

§ 266. Die regelrechte Pfandkonvention.[1]

1. Der formlose Vertrag genügt zur Verpfändung.[2] Ausdrücklichkeit wird nicht erfordert. Oft werden indirekte, verhüllende Aus-

---

Bd. 46 n. 2 (O.L.G. Kiel) und Bl. für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 19 S. 45 (O.L.G. Jena).

10) Vgl. B.G.B. §§ 1205, 1206.

1) l. 26 D. de pign. a. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 33 und 34. Nach B.G.B. gilt dies nicht.

2) Ersitzung eines Pfandrechtes findet nicht Statt. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 178.

3) Die Römer sprechen von tacitae conventiones, hypotheca tacita. Vgl. l. 3, 4, 6 D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2, l. un. § 1 b C. de rei uxoriae actione 5, 13, l. 1 § 2 C. communia de legatis 6, 43. Vgl. oben § 80, siehe auch Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 292.

1) Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 22.

Digitized by Google

drücke gewählt, z. B. „deponiren", „Deckung geben", „Kaution stellen".[3] Stillschweigen kann ausreichen; es ist z. B. der Eigenthümer, welcher sein Recht kennt, bei der Verpfändung seiner Sache gegenwärtig und schweigt.[4] Reservation eines Pfandrechtes seitens des Veräußerers ist nichts Seltenes; hierin liegt aber nicht Erhaltung bestehenden Rechtes, sondern die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses.[5] [6]

Schriftlichkeit der Pfandbestellung ist nichts Nothwendiges; thatsächlich bildet sie aber begreiflich die Regel.[7] Denn wer es erforderlich findet, sich durch Pfand zu sichern, wird sich auch eine Urkunde verschaffen, ohne welche sein Recht nicht zu beweisen und demzufolge fast werthlos ist.

2. Wer kann ein Pfand bestellen? wer erwerben?

a) Nur der Gläubiger der persönlichen Forderung kann für dieselbe ein Pfandrecht erwerben.[8] Es macht keinen Unterschied, ob dies der ursprüngliche Gläubiger oder ein Cessionar ist. Statt des Gläubigers können Bevollmächtigte handeln.[9] Erwerb durch einen negotiorum gestor fordert Genehmigung des Gläubigers. Sie hat nach allgemeinen Grundsätzen rückwirkende Kraft, vorbehaltlich inzwischen erworbener Rechte Dritter.[10]

b) Nur der Eigenthümer kann seine Sache mit vollem Effekte verpfänden.[11] [12] Emphyteuten, Superficiare,[13] publicianisch Berechtigte[14]

---

2) „nuda conventione" l. 1 D. de pign. act. 13, 7.

3) Vgl. l. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4, l. 3 C. plus valere quod agitur 4, 22, l. 2 C. quae res pignori 8, 16.

4) l. 26 § 1 D. de pignoribus 20, 1, l. 2 C. si aliena res 8, 15, l. 5 § 2 D. in q. c. p. t. c. 20, 2; vgl. oben § 98 Ziff. 2, Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 217.

5) l. 1 § 4, l. 2 D. de rebus eorum 27, 9. oben § 251 Anm. 14; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 32; Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 11; Freisen, Vorbehalt 1881 S. 43 ff.; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 261 Anm. 1. Anderer Ansicht Lang im Archiv für civ. Praxis Bd. 28 S. 383, Arndts, § 371 Anm. 2, Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 105.

6) Ueber das bedingte und betagte Pfandrecht vgl. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 5, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 181, Bd. 2 S. 296, Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 48 ff.

7) l. 4 D. de pignor. 20, 1.

8) Eine Anwendung macht l. 33 D. de pignoribus 20, 1.

9) Anders nach justinianischem Rechte, l. 11 § 6 D. de pign. a. 13, 7, vgl. freilich l. 21 pr. D. de pign. 20, 1. Ueber den Widerstreit siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 204.

10) Wer unfähig ist, Eigenthum an einer Sache zu erwerben, ist um deswillen nicht auch unfähig, ein Pfandrecht an derselben zu erlangen, l. 24 D. de pign. 20, 1. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 194.

11) Siehe unten § 267 Anm. 2, aber auch B.G.B. § 1207 bezüglich des Pfandrechts an beweglichen Sachen.

Digitized by Google

können dies nur mit beschränkter Wirkung, d. h. unbeschadet der Rechte derer, denen sie selbst nachstehen.

Verpfänden kann man seine Sache wie für die eigene Schuld so für diejenige eines Dritten.[15] Pfandbestellung für die Schuld eines Dritten bildet eine Art der Intercession.[16]

§ 267. Pfandkonventionen über fremde Sachen.[1]

Die Entstehung des Pfandrechtes verlangt der Regel nach Eigenthum des Verpfänders zur Zeit der Pfandkonvention. Demgemäß forderte die römische Pfandklage das „in bonis esse tempore conventionis".[2] Aber diese Regel ist keine ausnahmslose. Man erkannte vielmehr in zahlreichen Fällen die Verpfändung fremder Sachen als rechtsbeständig an, in denen der Verpfänder erst nach Abschluß der Pfandkonvention Eigenthümer der Pfandsache wurde. Diese Fälle ordnen sich zwei Kategorien unter:

1. Pfandverträge, die in Erwartung künftigen Erwerbes durch den Verpfänder abgeschlossen werden — anticipirende Pfandkonventionen[3] —, erhalten Wirksamkeit, wenn sich diese Erwartung hinterher erfüllt.[4]

Dies gilt für die Verpfändung bestimmter fremder Sachen, wie für Pfandkonventionen über Gesammtheiten, die einer regelmäßigen Ergänzung und Erneuerung unterliegen. Hauptbeispiel der ersten

---

12) Gesetzliche Veräußerungsverbote stehen auch der Bewilligung von Pfandrechten entgegen, vgl. oben § 217 Anm. 6. Eine Beschlagnahme der Sache ferner, z. B. in Folge der Konkurseröffnung, hindert die Rechtswirksamkeit des Pfandrechtes gegenüber denjenigen, zu deren Gunsten die Beschlagnahme ausgebracht ist.

13) Vgl. oben § 259 Anm. 13.

14) l. 18 D. de pignoribus 20, 1. Paulus libro 19 ad edictum: Si ab eo, qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam, l. 21 § 1 D. eod., vgl. l. 14 D. qui pot. 20, 4.

15) l. 5 § 2 D. de pignoribus 20, 1.

16) l. 1 § 4 D. de pignoribus 20, 1, siehe oben § 55 Anm. 2, unten Bd. 2 § 84.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 28 ff. und dort Citirte, insbesondere Huschke, in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 6, ferner Exner, Kritik S. 105.

2) Vgl. die oben § 263 Anm. 11 wiedergegebene Formel, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1. l. 6 C. si aliena res 8, 15.

3) Der Pfandvertrag kann auch andere Umstände anticipiren, namentlich die Entstehung der Forderung, welche versichert werden soll. Wir bezeichnen jedoch die dem Erwerbe des Pfandobjektes vorgehende Konvention in vorzüglichem Sinne als anticipirende.

4) l. 16 § 7 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit.

Digitized by Google

Art ist Verpfändung einer dem Verpfänder geschuldeten Sache;[5] denn der Sinn dieses Geschäftes ist Bewilligung eines Pfandrechtes an dem Schuldobjekte für den Fall seiner Leistung an den Verpfänder. Hauptbeispiel der zweiten Art ist die Generalhypothek, da sie alle Objekte, die der Verpfänder hat und erwerben wird, umfaßt.[6] [7]

Die Rangordnung mehrerer zu verschiedenen Zeiten bezüglich künftigen Erwerbes bewilligter Hypotheken ist streitig. Einige Schriftsteller ordnen sie nach dem Datum des Verpfändungsgeschäftes, andere schreiben ihnen gleichen Rang zu. Nach einem einzelnen, aber wichtigen Falle pflegt man die Streitfrage auch so zu formuliren, ob mehrere zu verschiedenen Zeiten bestellte Generalhypotheken bezüglich des späteren Erwerbes des Verpfänders nach dem Datum der Bestellung zu ordnen sind, oder hinsichtlich dieses Erwerbes gleiche Rechte haben? Die erstere Ansicht ist die richtige. Denn wenn auch, was die Gegner betonen, die mehreren Pfandrechte die Sache in einem Momente, nämlich dem des Erwerbes durch den Verpfänder ergreifen, so geschieht dies doch in dem Sinne und in der Ordnung, in welcher sie ursprünglich bewilligt sind, so daß das zuerst begründete als vorgehendes, das später bestellte als nachfolgendes anzusehen ist.[8]

---

5) l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 4, l. 1 pr. D. de pign. 20, 1, abgedruckt unten Anm. 6.

6) l. 1 pr. D. de pignoribus 20, 1. Papinianus libro 11 responsorum: Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio. Vgl. Exner, Kritik S. 112, Bethmann-Hollweg a. a. O.

7) Vgl. ferner l. 13 pr. D. de pign. 20, 1, l. 34 D. eod., abgedruckt unten § 272 Anm. 7.

8) Für die hier vertheidigte Ansicht sind die Quellen. l. 7 C. qui potiores 8, 17. Impp. Diocletianus et Maximianus: Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. Wie aus dem Schlußsatze hervorgeht, lag ein Rechtsfall vor, in welchem der Schuldner in Bezug auf seine künftig zu erwerbende Sache successive verschiedenen Gläubigern Hypotheken bewilligt hatte. Indem nun das Reskript feststellt, daß zwar in der Regel die früher begründete Hypothek an und für sich vorgehe, dennoch aber die spätere den Vorzug habe, wenn durch das spätere Pfandgeschäft die Pfandsache für den Schuldner erworben wurde, giebt es deutlich dem Satze die Sanktion, daß auch unter den mehreren den Erwerb anticipirenden Pfandrechten die Zeitfolge der Bestellung entscheide. Dies Zeugniß hält auch Windscheid Bd. 1 § 242 Anm. 10 „für ein nicht leicht zu beseitigendes". Aber auch l. 3 § 1, l. 21 pr. D. qui pot. 20, 4 sind beweiskräftig. Dagegen führt man an l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit. quippe cum res ex nummis pigneratis empta non

Digitized by Google

2. Die Verpfändung fremder Sachen konvalescirt, wenn der Verpfänder später deren Eigenthümer wird, falls der Gläubiger denselben zur Zeit des Pfandgeschäftes für berechtigt zur Verpfändung gehalten hatte.[9] Nicht minder konvalescirt unter dieser Voraussetzung die Verpfändung, wenn der Eigenthümer Erbe des verpfändenden Nichteigenthümers wird.[10] Wird er bloß Theilerbe, so erhält

sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. Diese Stelle beweist indessen für die Gegner nur, wenn man unterstellt, daß die in ihr erwähnten Pfandrechte successive begründet wurden. Allein dies geht aus derselben nicht hervor, vielmehr ist gleichzeitige Verpfändung an die beiden Hypothekarien anzunehmen, wofür das concurrere „et" in pignore einen Anhalt giebt. — Hauptvertreter der Gegenansicht ist Vangerow Bd. 1 § 369 Anm. 1, für die hier vertretene vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 29 und 30, Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte S. 68, siehe auch R.G. Bd. 10 S. 41.

9) Freilich ist bestritten, ob wahre Konvalescenz eintritt. Die Gegenansicht stützt sich auf l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4. Africanus libro 8 quaestionum: Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc quum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse. Die von der Titia bewilligte Nachhypothek soll also nicht konvalesciren, wenn die Titia im Augenblicke der Abfindung des ersten Hypothekars nicht mehr Eigenthümerin ist. Diese Entscheidung ist nur daraus zu erklären, daß Afrikanus in Uebereinstimmung mit der älteren römischen Jurisprudenz die Bewilligung einer Nachhypothek noch als bedingt durch die Abfindung des vorstehenden Gläubigers ansah. Unter dieser Voraussetzung ließ sich sagen: das dem Mävius bewilligte Pfandrecht kann nicht zustehen, wenn sich seine Bedingung durch Abfindung seines Vorgängers, des Titius, purificirt; denn nunmehr war die Verpfänderin, die Titia, nicht mehr Eigenthümerin der Pfandsache; es kann aber auch nicht durch Rückziehung auf den Augenblick der Pfandkonvention Kraft gewinnen, denn damals war die Titia noch nicht Eigenthümerin. Im späteren Rechte gilt die Nachhypothek nicht mehr als bedingte; der Entscheidung des Afrikanus ist also das Fundament entzogen. Ueber die verschiedenen Auffassungen vgl. Windscheid in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 3 n. 10 und Pand. Bd. 1 § 230 Anm. 8.

10) Gegen die Konvalescenz in diesem Falle erklärt sich Paulus libro 3 quaestionum l. 41 D. de pign. act. 13, 7: Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori, non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. Für die Konvalescenz spricht sich aus Modestinus libro 7 differentiarum l. 22 D. de pignoribus 20, 1: Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero ex postfacto pignus directo cuidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. Die zahlreichen Vereinigungsversuche sind sämmtlich mißlungen, der Widerspruch ist nicht zu beseitigen. Bachofen S. 548 zieht die Ansicht des Paulus vor. Aber die gemeine Meinung schließt sich mit Recht dem Modestinus an. Hierfür spricht entscheidend die Analogie der exceptio rei venditae et traditae. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 269. H. Krüger, exceptio doli I S. 68.

Digitized by Google

das Pfandrecht an demjenigen ideellen Theile der Pfandsache Geltung, welcher der Erbportion des Eigenthümers entspricht.[11] [12]

Werden künftige Sachen verpfändet, so tritt das Pfandrecht an ihnen in Kraft, sofern sie in der That entstehen und Eigenthum des Verpfänders werden. Dies gilt insbesondere für verpfändete nichtgetrennte Früchte, falls sie nach ihrer Separation in das Eigenthum des Verpfänders kommen.[13]

b) Gesetzliche Pfandrechte.[1]

§ 268. Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters.

Die römischen gesetzlichen Pfandrechte sind theils specielle — an einzelnen Vermögensbestandtheilen, theils generelle — an einem Gesammtvermögen.

Unter den Specialpfandrechten sind die des Vermiethers und des Verpächters die wichtigsten.[2]

a) Der Vermiether von städtischen Grundstücken — von Häusern,[3] Magazinen, Stallungen, Plätzen zum Verfertigen oder zum Aufbewahren von Objekten[4] — hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethsverhältniß[5] ein gesetzliches Pfandrecht an den in die Miethsache eingebrachten Mobilien des

---

11) arg. l. 14 C. de rei vind. 3, 32, vgl. oben § 216 Anm. 10.

12) Das Recht des B.G.B. ruht auf dessen § 185.

13) Vgl. l. 15 pr. D. de pignor. 20, 1, l. 11 § 3 D. qui pot. 20, 4. Verschiedene Ansichten siehe bei Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 10, Exner, Kritik S. 108.

1) Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2, Tit. Cod. 8, 14. Die gesetzlichen Pfandrechte behandelt ausführlichst Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht 2 Theile 1803, ferner Dernburg, Pf.R. Bd. 1 §§ 35 ff., wo auch ältere Litteratur citirt ist; siehe auch Vangerow Bd. 1 §§ 374 ff.

2) Bunsen, das gesetzliche Pfand- und Zurückhaltungsrecht des Verpächters und Vermiethers 1848, H. Wächter, das Vorzugsrecht des Vermiethers 1885.

3) Das Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers, ursprünglich nur Usance der Stadt Rom, wurde von Justinian zum Rechte des gesammten Reiches erhoben, l. 7 C. in q. c. p. 8, 14. Vgl. über dasselbe l. 4 pr. D. in q. c. p. t. 20, 2. Neratius libro 1 membranarum: Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.

4) l. 3, l. 4 § 1 D. h. t. 20, 2, l. 198 D. de V. S. 50, 16. Nach B.G.B. § 559 hat jeder Vermiether eines Grundstückes das Pfandrecht.

5) Das Pfandrecht deckt alle Ansprüche aus dem Miethskontrakt, also nicht bloß verfallene und künftige Miethzinsforderungen, sondern auch Ansprüche wegen Deteriorationen der Miethsache und wegen Auslagen des Vermiethers in Folge des Miethsverhältnisses, l. 2 D. h. t. 20, 2. B.G.B. § 559 bestimmt: „Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Miethszins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Miethjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden."

Digitized by Google

Miethers — dessen Illaten. Nicht verpfändet ist bloß gelegentlich und vorübergehend Eingestelltes.[6] Objekte Dritter unterliegen dem Pfandrechte nur, wenn deren Eigenthümer der Verpfändung zustimmten.[7] Die vom Aftermiether eingebrachten Mobilien sind auch dem ersten Vermiether verpfändet, jedoch nur zu dem Betrage, welchen der Aftermiether seinem Vermiether schuldet.[8]

b) Der Verpächter landwirthschaftlicher Grundstücke hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage ein gesetzliches Pfandrecht an den Früchten des Pachtgutes,[9] welche der Pächter oder dessen Afterpächter[10] percipirt.

Ein besonderer Schutz des Pfandrechtes des Vermiethers liegt in seinem Perklusionsrechte, d. h. dem Rechte, die Wegschaffung der ihm verpfändeten Objekte aus der Miethsache zu verhindern.[11] Rechtswidrige Wegführung der Illaten zu Gunsten des Eigenthümers, wie auch der Versuch einer solchen ist mit öffentlicher Strafe bedroht.[12]

---

6) l. 7 § 1 D. h. t. 20, 2. Pomponius libro 13 ex variis lectionibus: Videndum est, ne non omnia illata vel inducta. sed ea sola quae, ut ibi sint, illata fuerint pignori sint, quod magis est, vgl. l. 32 D. de pignoribus 20, 1, R.O.H.G. Bd. 6 S. 284. Das Pfandrecht des Vermiethers erstreckt sich auch auf verkäufliche Waaren, welche in die gemietheten Räume, Magazine, Läden eingebracht sind. Denn auch solche Waaren haben bis zu ihrer Fortschaffung dort ihren regelmäßigen Aufenthalt, gleichsam ihren Sitz. Es treten jedoch nach dem vermuthlichen Willen der Betheiligten die Waaren, welche bis zur Vornahme der Beschlagnahme des Vermiethers ordnungsmäßig veräußert wurden, aus der Haftung, vgl. l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1, R.O.H.G. Bd. 6 S. 285. B.G.B. § 560. — Ob auch die nach C.P.O. § 811 der Pfändung nicht unterworfenen Sachen dem Vermiether hafteten, war nach gemeinem Recht zweifelhaft; vgl. einerseits R.G. in Strafs. Bd. 4 S. 198, andererseits Eck in den Festgaben für Gneist S. 251. Jetzt ist die Frage durch B.G.B. § 559 erledigt, wonach sich das Pfandrecht nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen erstreckt.

7) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechtes. Inferirt der Miether Mobilien seiner Frau, und ist er nach dem ehelichen Güterrechte, unter dem die Eheleute stehen, zur Verpfändung ihrer Mobilien befugt, so gelten dieselben als durch die Illation verpfändet. R.G. in Strafsachen Bd. 23 S. 164.

8) l. 11 § 5 D. de pigneraticia actione 13, 7, Ulpianus libro 28 ad edictum: unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri — nam Julianus scribit solvi ei posse — et si partem tibi. partem ei solvero, tantundem erit dicendum. plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cenaculum conduxi: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio cenacularii proficiat domino, sed sua propria. Vgl. über diese Stelle Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 307. Nach B.G.B. sind die Mobilien des Aftermiethers dem ersten Vermiether nicht verpfändet.

9) l. 7 pr. D. in quib. caus. p. 20, 2. vgl. l. 52 § 8 D. de furtis 47, 2. Nach B.G.B. § 585 erstreckt sich das Pfandrecht des Verpächters auch auf die vom Pächter eingebrachten Sachen.

10) l. 24 § 1, l. 53 D. locati 19, 2.

11) l. 9 D. in quib. caus. p. 20, 2, Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 332. B.G.B. § 561.

Digitized by Google

Der Miether hatte in Rom behufs Freigebung seiner perkludirten Objekte ein eigenes interdictum de migrando, falls er die Tilgung der Miethschuld nachwies oder darthat, daß die retinirte Sache nicht zu den verpfändeten gehörte. Nach gemeinem Recht reichte hierzu die Klage aus dem Miethkontrakt aus.[13]

Das Recht des Vermiethers und Verpächters geht nicht in seinem Retentionsrecht auf, wie dies ältere Schriftsteller oft annahmen. Er kann auch das Weggebrachte mit der Pfandklage verfolgen.[14] Doch werden die mit Wissen und ohne Einspruch des Vermiethers aus der Miethsache weggeschafften Illaten von der Pfändung frei.[15]

§ 269. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte.

Die zahlreichen römischen Legalhypotheken wurden durch die gemeinrechtliche Praxis zum Theil noch erweitert und vermehrt.

A. Gesetzliche Specialhypotheken stehen ferner folgenden Ansprüchen zur Seite:

1. Gelddarlehen zur Wiederherstellung von Gebäuden an den hergestellten Gebäuden;[1]

2. Ersatzforderungen unmündiger Mündel an den mit ihrem Gelde von ihrem Vormunde oder von Dritten angeschafften Objekten;[2]

3. Vermächtnißforderungen an den Objekten, welche der Belastete vom Erblasser erhielt.[3]

---

12) Strafgesetzbuch § 289. Wer die inferirten Mobilien nicht zu Gunsten des Eigenthümers derselben, sondern in eigenem Interesse wegbringt, verfällt dem Strafgesetze nicht, R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 325. Der Miether war nach gemeinem Recht nicht berechtigt, einzelne Sachen eigenmächtig fortzuschaffen und den Vermiether darauf zu verweisen, daß er in den zurückbleibenden übrigen Sachen eine genügende Deckung für die verfallene Miethe finde, R.G. in Strafsachen Bd. 3 S. 24. Anders aber B.G.B. § 560. Eine ausdrückliche Erklärung des Vermiethers, von seinem Zurückhaltungsrechte Gebrauch machen zu wollen, ist zur Strafbarkeit der Verbringung der Illaten nicht erfordert, es genügt, daß die Umstände unzweideutig erkennen lassen, daß der Vermiether sein Pfandrecht an der gemietheten Sache geltend machen wollte. R.G. in Strafsachen Bd. 4 S. 43, Bd. 6 S. 321.

13) Tit. Dig. de migrando 43, 32, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 334.

14) Vgl. hierzu B.G.B. § 561 Abs. 2.

15) R.O.H.G. Bd. 6 S. 288 und dort citirte Schriftsteller, R.G. in Strafsachen Bd. 14 S. 324, B.G.B. § 560.

1) l. 1 D. in quib. caus. p. 20, 2. Madai in Lindes Zeitschrift Bd. 19 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 37, Schlayer im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 S. 83.

2) l. 6 C. de servo pignori dato 7, 8. Dieses Pfandrechtes gedenkt auch l. 7 pr. D. qui pot. 20, 4, l. 3 D. de rebus eorum 27. 9, vgl. übrigens l. 17 C. de pignoribus 8, 13, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 39. Ueber ein anderes Recht, welches dem Unmündigen wegen der mit seinem Gelde angeschafften Objekte zusteht, siehe oben § 225 Anm. 9.

3) l. 1, l. 2 C. comm. de legatis 6, 43, nov. 108 cap. 2, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 40.

Digitized by Google

Das B.G.B. hat diese Pfandrechte nicht übernommen.

B. Gesetzliche Generalhypotheken stehen zu:

1. dem Fiskus[4] wegen direkter Abgaben[5] und wegen Forderungen aus Kontrakten,[6][7] der Kirche am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen Verschlechterung ihrer Emphyteusen[8] und nach der Praxis am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Ansprüche aus der Verwaltung,[9] endlich nach der Praxis auch den Städten wegen ihrer Ansprüche an ihre Verwalter an deren Vermögen;[10]

2. den Minderjährigen[11] und Geisteskranken[12] am Vermögen ihrer Vormünder;[13][14]

3. den Kindern am Vermögen ihres Vaters wegen ihrer mütterlichen Adventitien,[15] ferner am Vermögen von Vater oder Mutter wegen Erstattung der lucra nuptialia, welche diese in Folge einer früheren

---

4) l. 1 C. in q. c. p. t. c. 8. 14. l. 1 C. si propter publicas pensitationes 4, 46. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 43.

5) Dem Fiskus stehen Regent und Regentin allgemein gleich nach l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

6) l. 2 C. in q. c. p. t. c. 8, 14 Antoninus: Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur. l. 2, l. 3 C. de privilegio fisci 7, 73, l. 28 D. de jure fisci 49, 14. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 41 ff.

7) Streitfrage ist, ob der Fiskus für alle seine Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht erhielt. In der l. 46 § 3 D. de jure fisci 49, 14 thut Hermogenianus libro 6 juris epitomarum den Ausspruch: fiscus semper habet jus pignoris. Hierin sehen Viele einen entscheidenden Beweis für die Allgemeinheit des fiskalischen Pfandrechtes. Aber der Ausspruch Hermogenians bezeichnet kurz das Regelmäßige; ganz genau ist er nicht. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 340. Anders jedoch Windscheid Bd. 1 § 232 Anm. 1, Vangerow Bd. 1 § 375 n. 1, Arndts § 373 Ziff. a.

8) nov. 7 cap. 3 § 2.

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 13 und dort Citirte, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10.

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 9, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10.

11) Dies Legalpfandrecht führte Konstantin ein, l. 20 C. de adm. tutor. 5, 37, vgl. l. 1 C. Theod. de adm. et per. tutorum 3, 30. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 45.

12) l. 7 §§ 5a und 6c C. de curat. furiosi 5, 70.

13) Heirathet die Mutter-Vormünderin vor Rechnungslegung und Herausgabe des Mündelvermögens an ihre Kinder aufs Neue, so ist auch das Vermögen des Stiefvaters den Kindern verpfändet, l. 2 C. quando mulier 5, 35, l. 6 C. in q. c. p. t. 8, 14.

14) Die Hypothek verhaftet richtiger Ansicht nach auch das Vermögen der Protutoren, d. h. der Personen, die das Mündelgut, ohne Vormünder zu sein, gleich als wären sie Vormünder, verwalten, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 366 und dort Citirte.

15) l. 8 § 4 C. de sec. nupt. 5, 9. Justinianus: Illius etiam patris, qui in sua potestate ... liberos ... habens maternam eis substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, isdem liberis bona supposita esse, ad conservandas easdem maternas res decernimus. Vgl. über die einschlagenden Streitfragen Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 47, Vangerow Bd. 1 § 375 n. 3.

Digitized by Google

Ehe gewonnen und in Folge ihrer Wiederverheirathung an ihre Kinder aus dieser Ehe verloren haben;[16]

4. der Ehefrau wegen Rückgabe ihrer Dos am Vermögen des Mannes — Dotalhypothek[17] —, außerdem wegen ihres übrigen der Verwaltung des Mannes anvertrauten Vermögens — der Paraphernen,[18] und endlich dem Ehemanne am Vermögen des Bestellers der Dos wegen deren Entrichtung.[19 20]

5. Es besteht auch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen dessen, welchem das von seinem verstorbenen Ehegatten unter der Bedingung des Nichtwiederheirathens Hinterlassene interimistisch ausgehändigt wurde, für den Fall, daß die Bedingung nicht eingehalten wird, zu Gunsten der dann Rückforderungsberechtigten.[21]

c) Richterliche Pfandrechte.

§ 270. Das pignus praetorium.

Richterliche, d. h. unter gerichtlicher Autorität begründete Pfandrechte bilden Mittel der Verfolgung und Verwirklichung der Rechte.[1] Sie stehen daher in engstem Zusammenhange mit der Verfassung und dem Verfahren der Gerichte.

In Rom bestanden zwei hierher gehörige Institutionen von verschiedenem historischen Ursprunge, nämlich das Einweisungspfandrecht — pignus praetorium — und das Pfändungspfandrecht — pignus in causa judicati captum. Beide sind nur in sehr veränderter Gestalt in das gemeine Recht übergegangen.

---

16) l. 8 § 3 C. de sec. nupt. 5, 9. Zu den lucra nuptialia gehören Schenkungen, die Dos, die propter nuptias donatio, letztwillige Zuwendungen vom Ehegatten und Inteſtaterbschaften, die dem Ueberlebenden in seiner Eigenschaft als Ehegatten zukommen. Vgl. unten Bd. 3 § 27.

17) Dies ist Bestandtheil der Regelung der Dotalklage durch Justinian in der l. un. § 1 b, c C. de rei uxoriae actione 5, 13 a. 530, vgl. l. 30 C. de jure dotium 5, 12, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 46.

18) l. 11 C. de pactis conventis 5, 14. Justinian giebt den Worten nach die Hypothek nur wegen Paraphernalkapitalien. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 393.

19) l. un. § 1 b C. de rei uxoriae act. 5, 13.

20) Die Legalhypothek zu Gunsten der „propter nuptias donatio“ kann hier übergangen werden, als total unpraktisch; siehe unten Bd. 3 § 25.

21) nov. 22 cap. 43 und 44, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 50; unten Bd. 3 § 83.

1) Kann der Richter in Theilungsprozessen Pfandrechte begründen? Den römischen Quellen ist dies unbekannt und auch im gemeinen Rechte kommt derartiges nicht vor. Vgl. Dernburg, Bd. 1 S. 177, anders Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 1. Vgl. aber auch Reichsgeſ. über die Zwangsverst. § 128.

Digitized by Google

Das prätorische Pfandrecht knüpfte sich an die Besitznahme auf Grund einer Einweisung — missio — des Prätors.[2]

Es gab vier Missionen von pfandrechtlichem Charakter.[3]

a) Die missio rei servandae causa war Einweisung in das Gesammtvermögen des Schuldners. Sie leitete das Konkursverfahren ein, wenn sich der Schuldner der Eröffnung eines Prozesses durch die Flucht entzog — fraudationis causa latitavit — oder wenn er sein Vermögen wegen Ueberschuldung den Gläubigern abtrat — cessio bonorum — oder wenn er verstarb und sein Nachlaß keinen Erben fand; auch diente sie der Exekution von Urtheilen.[4]

b) Die missio legatorum servandorum causa wies die Legatare in die Erbschaftsmasse, falls sich der Erbe der Bürgenstellung für Vermächtnisse weigerte, deren Auszahlung nicht sofort geschehen konnte.[5]

c) Die Einweisung in das Nachbargrundstück, von welchem Schaden drohte, sicherte den bedrohten Nachbar, im Falle ihm die cautio damni infecti verweigert wurde.[6]

d) Die missio ventris nomine kommt der schwangeren Frau zu gute, wenn sie dem Erblasser präsumtiv einen künftigen Erben gebären wird. Sie setzt in die ruhende Erbschaft ein behufs Gewinnung und Sicherung von Alimenten.[7]

Der Eingewiesene erlangte mit der Besitznahme Detention und Obhut neben dem Sachbesitzer, der zunächst nicht aus dem Besitze verdrängt

---

2) Das prätorische Pfandrecht behandelt eingehend Bachofen, Pfandr. S. 281 ff., vgl. weiter Dernburg, Pfandr. S. 400 ff.

3) Die prätorischen Missionen überhaupt zerfallen in zwei Kategorien. Die Missionen der einen Art stellen den faktischen Zustand her, auf welchen der Eingewiesene ein Recht behauptet. Hierher gehören die Einweisungen von Erben in den Nachlaß, z. B. die des Geisteskranken — bonorum possessio furiosi nomine — oder des in einem dem Anschein nach rechtsbeständigen Testamente Eingesetzten. Solche Missionen begründen kein Pfandrecht. Die andere Kategorie bezweckt nicht unmittelbare Realisirung eines Anspruches, sondern nur Sicherung für dessen Erfüllung. Hier entsteht Pfandrecht. Die bezüglichen Fälle stellt l. 1 D. quibus ex causis in possessionem 42, 4 zusammen.

4) An die missio rei servandae causae schloß sich die venditio bonorum — der Gesammtverkauf des Vermögens des Schuldners. Das Genauere gehört in die Darstellung des römischen Civilprozesses. Vgl. Keller, römischer Civilprozeß § 82, Bethmann-Hollweg, römischer Civilprozeß Bd. 2 § 114, Bd. 2 § 159, Dernburg, bonorum emtio 1850.

5) Vgl. l. 5 D. ut in possessionem legatorum 36, 4. Außer der missio legatorum servandorum causa bestand die s. g. missio Antoniniana, eine Einweisung des Vermächtnißnehmers, welcher die Entrichtung des fälligen Vermächtnisses vom Erben gerichtlich gefordert und binnen 6 Monaten nicht erhalten hatte, in das gesammte ererbte und eigene Vermögen des Erben mit dem Rechte, die Früchte behufs seiner Befriedigung zu gewinnen. Vgl. unten Bd. 3 § 99.

6) Oben § 231 Anm. 14 und 15.

7) Das Nähere ist im Erbrecht darzustellen unten Bd. 3 § 159.

Digitized by Google

wurde.[8] An die Besitznahme knüpfte sich des weiteren prätorisches Pfandrecht,[9] welches jedoch eigenthümlicher Art war.[10]

Die missio ventris nomine gehört dem gemeinen Recht an. Die drei anderen Missionen sind in ihrer römischen Gestalt schon im gemeinen Recht antiquirt.

Etwas Verwandtes hat die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Zwangsverwaltung von Grundstücken des Schuldners.[11]

Auch gestattet die C.P.O.[12] zum Zwecke der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung die Eintragung einer Sicherungshypothek auf die Grundstücke des Schuldners.

§ 271. Pfändungspfandrecht.

Die zweite Hauptart des richterlichen Pfandrechtes, das Pfändungspfandrecht,[1] lehnt sich zwar historisch an das römische und gemeine Recht an, hat aber durch die C.P.O. eine besondere Ausprägung erhalten.

1. Pfändung ist ein Akt, durch welchen man einem Schuldner behufs Sicherung eines Anspruches die Verfügung über ein Vermögensobjekt entzieht. Sie geschieht bei körperlichen Sachen vorzugsweise durch Aneignung des Besitzes. Ein Pfandrecht im wahren Sinne, insbesondere ein Vorrecht vor bereits bestehenden persönlichen Forderungen ist nicht nothwendig in ihrem Gefolge. Aber die Pfändung kann ein solches begründen.

2. In Rom kam erst seit der Kaiserzeit und nur im Extraordinarverfahren die Vollstreckung von Urtheilen durch richterliche Pfändung — pignus in causa judicati captum — in Aufnahme. Der Exekutor pfändete zunächst die Mobilien, eventuell auch die Immobilien des Schuldners und verkaufte, falls Zahlung dadurch nicht erreicht wurde, frühestens nach 2 Monaten die gepfändeten Objekte gegen baare Zahlung.[2]

---

8) l. 3 § 23 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Vgl. oben § 174 Anm. 5.

9) l. 26 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 3 disputationum: Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. Als Pfandrecht faßt die Stellung des Immittirten bereits Julianus libro 44 digestorum l. 2 pr. D. pro herede 41, 5: Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione jus pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.

10) Erst Justinian gab in der l. 2 C. de praetorio pignore 8, 21 dem Immittirten eine actio hypothecaria.

11) R.Ges. über die Zwangsverst. §§ 146 ff.

12) §§ 866, 932.

1) Rudolph, zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht in Iherings Jahrb. Bd. 20 n. 8.

Digitized by Google

Volle Durchbildung scheint das Institut nicht gefunden zu haben. Welche Rechte andere Gläubiger hatten, die sich solcher Pfändung anschließen wollten, ist nirgends unzweideutig bestimmt.[3]

3. Die C.P.O.[4] giebt dem Extrahenten der Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen.[5] Indessen erstrecken sich die Bestimmungen der C.P.O. nicht auf die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen.[6]

Die Pfändung dient der Vollstreckung von Geldforderungen.

Sie geschieht an körperlichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher mittels Besitznahme der gepfändeten Objekte oder mittels dauernder, die Pfändung manifestirender Zeichen, z. B. Anlegung von Siegeln, Aufrichtung von Pfandtafeln.[7] Ihre Wirkung erlischt mit dem Verlust der Gewahrsam durch den Gerichtsvollzieher, sowie mit völliger Verdunkelung der Pfandzeichen.

Das Pfändungspfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht. Das durch die frühere Pfändung begründete s. g. Pfändungspfandrecht geht daher dem später durch eine s. g. Anschlußpfändung erworbenen Pfandrecht vor.

An die Pfändung kann sich die Veräußerung des Pfandstückes anschließen, und zwar frühestens nach Ablauf einer Woche. Sie hat gegen baare Zahlung zu geschehen.

4. Auch der Arrest wird durch Pfändung vollzogen. Auch er begründet nach der C.P.O. ein unbedingtes Pfandrecht.[8][9]

---

2) Vgl. namentlich l. 15 D. de re judicata 42, 1, sowie l. 31 D. eod.

3) Gegen die Auffassung des römischen pignus in causa judicati captum als eines voll durchgebildeten Pfandrechtes hat sich Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 417 und Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 5 erklärt. Anderer Ansicht ist Stölzel im Archiv für civ. Praxis Bd. 45 S. 272, Waldeck ebendaselbst Bd. 55 S. 484 Anm. 6. Für die Gleichstellung mit dem Vertragspfandrecht beruft man sich namentlich auf l. 1 C. si in causa judicati 8, 22. Doch ist hier nicht von einer gerichtlichen Pfändung, sondern von einer Mission — jussus — und einer daraufhin erfolgten Besitznahme durch den Gläubiger selbst die Rede.

4) C.P.O. § 803 ff. Vgl. außer den Kommentaren zur C.P.O. auch mein bürg. R. Bd. 3 § 283.

5) C.P.O. § 804.

6) Maßgebend ist hier vielmehr das Reichsgesetz vom 24. März 1897.

7) Nach C.P.O. § 810 können Früchte, bevor sie vom Boden getrennt sind, gepfändet werden, vgl. oben § 78 Anm. 18. Dies war früher gemeinrechtliche Streitfrage, siehe Waldeck im Archiv für civ. Praxis Bd. 55 n. 21.

8) C.P.O. § 930, vgl. oben § 168 bei Anm. 5.

9) Das deutsche Recht kennt Fälle rechtmäßiger Privatpfändung. Auch diese erzeugt dort ein Pfandrecht.

Digitized by Google

II. Gegenstand des Pfandrechtes.

§ 272. Verpfändbare Gegenstände.

1. Alle selbständigen Vermögensobjekte, die verkäuflich sind, können Gegenstand des Pfandrechtes werden.[1] Ein Pfandrecht im engeren Sinne ist aber nur an körperlichen Sachen — Immobilien oder Mobilien — möglich, die des privaten Eigenthumes fähig sind.[2]

2. Die Verpfändung körperlicher Sachen kann zu einem bloßen ideellen Theile geschehen,[3] und zwar nicht nur durch einen Miteigenthümer, sondern auch, was freilich selten vorkommen wird, durch den Alleineigenthümer der Sache.[4] Ein derartiges Pfandrecht geht keineswegs ohne weiteres auf den reellen Theil der Sache über, in welchen sich der verpfändete ideelle Theil später durch Vertrag oder Urtheilsspruch zwischen dem Verpfänder und seinem Theilhaber umsetzt. Es erhält sich vielmehr ungeändert an dem verpfändeten intellektuellen Theile,[5] sofern der Pfandgläubiger nicht bei der Auseinandersetzung zwischen den Eigenthümern zugezogen ist und mitwirkt.[6]

3. Auch Sachgesammtheiten können verpfändet werden, z. B. ein Waarenlager, eine Bibliothek. Hier erhebt sich die Frage, ob die einzelnen später veräußerten Stücke von der Pfandhaftung frei werden,

---

1) l. 9 § 1 D. de pignoribus 20, 1. Gajus libro 9 ad edictum provinciale: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.

2) Ueber die Verpfändung von Rechten vgl. das Nähere unten § 293. Oeffentliche Gerechtsame, z. B. Beamtenstellungen, Landstandschaft sind nicht veräußerlich und demnach auch nicht verpfändbar; auch das Patronatrecht ist nicht selbständig veräußerlich oder verpfändbar. Im römisch-byzantischen Reiche jedoch gab es Beamtenstellen — militiae — die veräußerlich und verpfändbar waren. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 422 ff.

3) l. un. C. si communis res pignerata sit 8, 20.

4) So Exner, Kritik S. 63 Anm. 130. Vgl. l. 8 § 3 D. quibus modis pignus solv. 20, 6, wo der Gläubiger dem Alleineigenthümer eines fundus das Pfandrecht zur ideellen Hälfte erläßt. Anders B.G.B. § 1114.

5) Die römischen Juristen erörterten die Frage zunächst bezüglich eines Nießbrauches an einem ideellen Theile. Entgegen der Ansicht des Trebatius erklärte Labeo, daß der Spruch des Theilungsrichters zwischen den Miteigenthümern den Nießbrauch an dem ideellen Theile nicht verändere, „non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare", l. 31 D. de usu et usu fructu 33, 2. Diese Ansicht, die freilich mehr formell juristisch als zweckmäßig ist, wurde von den römischen Juristen angenommen und auch auf das Pfandrecht angewendet, l. 7 § 4 D. q. m. p. s. 20, 6. Gajus libro singulari ad formulam hypothecariam: Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta, cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata; vgl. l. 3 § 2 D. qui pot. 20, 4, l. 6 § 8 D. comm. div. 10, 3.

6) l. 2 C. communi dividundo 3, 37.

Digitized by Google

und ob die einzelnen später hinzutretenden Stücke in die Verhaftung treten? Sie ist bei den verschiedenen Arten der Sachgesammtheiten verschieden zu beantworten. Handelt es sich um Sachgesammtheiten, die natürlicher und üblicher Weise beständigem Wechsel und regelmäßiger Erneuerung unterliegen, z. B. um eine Heerde oder gar den Waarenbestand eines offenen Ladens, so ist als Meinung anzusehen, daß das ordnungsmäßig Veräußerte entlastet und das neu Einverleibte pfandrechtlich verhaftet sei. Bei Verpfändung von Sachgesammtheiten anderer Art, z. B. der Gemäldegallerie eines Kunstfreundes, der Bibliothek eines Gelehrten, gelten nur die zur Zeit der Verpfändung inbegriffenen Stücke als verpfändet.[7]

4. Fungibilien, z. B. Getreidemassen, Geld,[8] ferner Inhaberpapiere können Gegenstand eines regelrechten Pfandrechtes sein. Nicht selten händigt aber der Schuldner seinem Gläubiger derartige Objekte, insbesondere Geld, zu dessen Sicherung unter der Vereinbarung ein, daß ihm nach Abwickelung des Schuldverhältnisses die entsprechende Summe zurückzuerstatten ist. Man pflegt hier vorzugsweise von Kautionen zu reden, von Amts-, Pacht-, Prozeßkautionen.[9] Ihrem Wesen nach bilden sie Pfandrecht — pignus irregulare. Die Klage auf Rückgewähr nach Abwickelung des Schuldverhältnisses ist daher eine actio pigneraticia in personam. Sie geht nicht auf Rückerstattung der verpfändeten Species, sondern auf Rückerstattung einer entsprechenden Summe. Auf den Gläubiger ist Eigenthum, Verbrauchsrecht und Gefahr übergegangen.[10]

---

7) Vgl. oben § 68. Die Meinungen sind sehr getheilt, siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 59 und dort Citirte; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 59; Demelius a. a. O. S. 147, 197. Die Hauptstelle ist l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1. Scaevola libro 27 Digestorum: Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit, ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Vgl. ferner l. 13 pr. de pign. 20, 1.

8) l. 34 § 2 D. de pign. 20, 1, l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4.

9) Vgl. C.P.O. § 108.

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 429, Windscheid Bd. 1 § 226a. Andere Konstruktionen vertreten L. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherung, Wien 1868; vgl. Strohal in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 411, Exner, Kritik S. 173 ff., Hanausek in der Beilage seiner Schrift über den uneigentlichen Nießbrauch, Kretschmar secum pensare S. 110, Demelius a. a. O. S. 204. Siehe R.G. Bd. 12 S. 223, in Strafsachen Bd. 22 S. 354.

Digitized by Google

§ 273. Umfang der Pfandhaftung.[1]

Das Pfandrecht umfaßt mit der Pfandsache einen Komplex zugehöriger Dinge. Und zwar ergreift es Einiges mit zwingender Kraft gemäß Rechtsordnung, Anderes nur in der Regel auf Grund der Vermuthung des Verpfändungswillens.

1. Nach Rechtsnothwendigkeit tritt in die Pfandhaftung, was mit der Pfandsache zur rechtlichen Einheit verbunden ist.

Dahin gehören körperliche Erweiterungen der Sache, insbesondere auf dem Pfandgrundstücke befindliche Gebäude,[2] sowie Anpflanzungen, ferner Alluvionen, die es vergrößern.[3] Nicht minder ergreift das Pfandrecht Realrechte des Pfandgrundstückes, z. B. an dasselbe geknüpfte Grundgerechtigkeiten, Theilnahmerechte an gemeiner Weide oder Wald, Kirchstühle, Erbbegräbnisse.[4] Erlischt eine auf der Pfandsache zur Zeit der Verpfändung ruhende Last, z. B. ein Nießbrauch, so verbessert sich damit das Pfandrecht nothwendig.[5]

Es macht keinen Unterschied, ob sich die gedachten Erweiterungen

---

1) Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 246 ff., Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 56.

2) l. 21 D. de pign. act. 13, 7. Vgl. R.G. Bd. 12 S. 157 über die Frage, ob in das Grundstück verbaute Materialien, deren Eigenthümer sich das Eigenthum vorbehält, pfandrechtlich verhaftet sind, wenn sie vom Grundstücke wieder getrennt sind.

3) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7, l. 16 pr. D. de pign. 20, 1.

4) Vgl. auch B.G.B. § 1126. Ein schwieriges Problem ist die Wirkung des Unterganges der dem Pfandgrundstücke zustehenden Servituten auf das Pfandrecht. Zieht er den Untergang des Pfandrechtes nach sich? Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen, denn an dem, was nicht mehr existirt, kann ein Pfandrecht nicht bestehen. Für den Fall des Erlöschens der Servitut durch Nichtgebrauch erkennt man dies auch allgemein an. Dagegen kann der Verzicht des Eigenthümers des Pfandobjektes dem Pfandgläubiger offenbar nicht schaden, wenn die Servitut bereits zur Zeit der Verpfändung bestand und wenn er durch den Verkauf des Grundstückes ohne die Servitut nicht zu seiner vollen Befriedigung kommen kann. Vgl. B.G.B. §§ 876 ff. Sehr bestritten ist aber die Frage der Konfusion. Erhält sich also das Pfandrecht, wenn der Eigenthümer des Pfandobjektes das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt? Mit gewichtigen Gründen ist man neuerdings für die Erhaltung des Pfandrechtes trotz der Konfusion, also für deren bloß relative Kraft eingetreten. In der That kann sie unter Umständen den Werth des Pfandrechtes sehr schmälern. So namentlich Kohler, gesammelte Abhandl. S. 295. Jhering in seinen Jahrb. Bd. 10 S. 302. Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 11. Man wird dem dennoch vom Standpunkte des röm. und gem. Rechtes nicht zustimmen dürfen. Hier erscheint die Konfusion durchaus als absoluter Grund des Unterganges der Grundgerechtigkeiten, nirgends als bloß relativer Beendigungsgrund der Rechte.

5) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Windscheid Bd. 1 § 226a will dies dann nicht gelten lassen, wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft oder wenn er ihm schenkungsweise erlassen wird. Offenbar habe die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur durch Tod oder capitis deminutio untergehe. Aber der Satz ist allgemein ausgesprochen und logisch begründet. Die Distinktion Windscheids ist daher nicht zu adoptiren. So auch Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 136.

Digitized by Google

und Verbesserungen der Pfandsache beim Verpfänder vollzogen, oder erst nachdem die Pfandsache in die Hand Dritter überging.[6]

2. Die beweglichen Pertinenzen der Pfandsache sind nur in der Regel mit ihr verpfändet. Hierin liegt nichts Nothwendiges, sondern bloße Vermuthung des Parteiwillens. Daher gilt dies nur für Pertinenzen, die dem Verpfänder gehören, und bezieht sich nicht auf solche, die einem dritten Besitzer zu eigen sind.[7]

Auch die Früchte der Pfandsache gelten als stillschweigend mit ihr verpfändet.[8] Zur Entstehung auch dieses Pfandrechtes ist erfordert, daß die Früchte nach ihrer Trennung in das Eigenthum des Verpfänders kommen.[9]

III. Die versicherte Forderung.

§ 274. Die Arten der versicherten Forderung.

1. Das Pfandrecht dient zur Sicherung von Forderungen jeder Art. Vorzugsweise handelt es sich um Geldforderungen;[1] es sichert aber auch Forderungen, deren Gegenstand Leistung von anderen Fungibilien, einer Species, oder von Handlungen ist.[2] Auch ob die Forderung aus

6) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) So nach den Principien des gemeinen Rechtes. Ueber das Recht des B.G.B. vgl. §§ 1120 ff.

8) Vgl. Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers 1862, Göppert, die organischen Erzeugnisse S. 371 ff., Daniel Krönig, die pfandrechtliche Haftung der Früchte. Gött. Jn.Diss. 1891. Die Mitverpfändung der Früchte ist bestritten. Sie ergiebt sich namentlich aus l. 3 C. in q. c. p. t. c. 8, 14. Alexander: Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio ad eandem causam venire nulli prudentium placuit a. 223, vgl. l. 32 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1. Auch das Sklavenkind galt als mitverpfändet, l. 1 C. de partu pignoris 8, 24. Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Paulus sent. II 5 § 2: foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. Vgl. hierüber Vangerow Bd. 1 § 370 Anm. 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 442, Göppert a. a. O. S. 376, Schlayer im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 S. 87. Da die sententiae von Paulus in den ersten Jahren der Alleinregierung Karakallas geschrieben sind — Fitting, römische Juristen S. 48 —, also etwa 10 Jahre vor dem citirten Reskripte von Alexander, so hat der Gegensatz nichts Auffallendes.

9) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1. Paulus libro 5 responsorum: Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam agnata teneri sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem ejus: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. Gegen die Nothwendigkeit des Eigenthums des Verpfänders an den getrennten Früchten erklärt sich Göppert a. a. O. S. 379. Aber seine Gründe sind nicht ausreichend. Vgl. auch Czyhlarz, Fortf. v. Glück I S. 418 Anm. 27. — Ueber das Recht des B.G.B. vgl. §§ 1120, 1212.

1) Vgl. oben § 261.

2) l. 9 § 1 D. de pign. act. 13, 7.

Digitized by Google

Kontrakt, Delikt oder anderen Gründen entspringt, kommt nicht in Betracht.[3]

Für nichtige oder durch peremtorische Exceptionen völlig entkräftete Forderungen kann ein wirksames Pfandrecht nicht begründet werden,[4] wohl aber für klaglose Forderungen — naturales obligationes.[5] Es erwächst dann eine Pfandklage, trotzdem daß das Hauptrecht, die versicherte Forderung, der Klagbarkeit entbehrt.[6]

3. Das Pfandrecht kann zu Gunsten fälliger, betagter, bedingter und auch zukünftiger Forderungen in das Leben gerufen werden.[7] Verpfändungen für künftige Forderungen sind nicht bloß zulässig, wenn bereits ein Verhältniß besteht, aus welchem sie sich entwickeln können, z. B. ein Gesellschaftsvertrag, ein Mandat, sondern auch wenn sich ein solches noch nicht findet.

4. Auch Pfandrechte für künftige Forderungen datiren vom Augenblicke der Pfandkonvention an, sofern die Parteien es unmittelbar begründen wollen.[8]

§ 275. Umfang der versicherten Forderung.[1]

1. Das Pfand haftet für alle Erweiterungen der versicherten Forderung, welche von Rechtswegen erwachsen. Dies gilt für gesetzliche

3) Vgl. l. 8 § 5, l. 70 § 5 D. de fidej. 46, 1.

4) l. 11 § 3 in fine D. de pign. act. 13, 7, l. 4 D. de nautico faenore 22, 2. In der Pfandbestellung kann eine Konfirmation der nichtigen Forderung liegen. Vorausgesetzt ist hierzu, daß der Pfandbesteller im Augenblicke der Verpfändung die Mängel der Obligation kannte, für die er ein Pfandrecht bewilligt, und daß er die Fähigkeit hat, sie zu konfirmiren. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 74 und dort Citirte.

5) l. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio et venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem vel sub condicione et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

6) l. 61 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

7) Vgl. B.G.B. §§ 1113 Abs. 2, 1209.

8) Vgl. über diese, im gemeinen Recht vielbestrittene Frage unsere früheren Auflagen. B.G.B. § 1209 bestimmt: Für den Rang des Pfandrechts — an einer beweglichen Sache — ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist. Bei Hypotheken richtet sich das Rangverhältniß nach der Reihenfolge der Eintragungen, § 879.

1) Weber, Erörterung der Frage, ob und inwiefern das Pfandrecht sich außer dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Konventionalstrafe erstrecke, in dessen Versuchen S. 151, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 76.

Digitized by Google

Zinsen und überhaupt für alle Verpflichtungen in Folge von Verzug und Verschuldung.

Ferner deckt das Pfand den Gläubiger für seine Ansprüche wegen Auslagen auf die Pfandsache, sowie wegen der Kosten der Pfandklage und des Pfandverkaufes.[2]

2. Die Verpfändung erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die vertragsmäßigen Zinsen.[3] Doch genügt, daß der Wille sie einzuschließen in irgend einer Weise ausgedrückt ist, z. B. durch Pfandbestellung für die „Schuld".

3. Es kommt vor, daß sich aus dem Kontrakte, an welchen sich die Pfandbestellung anschließt, Verbindlichkeiten anderer Art als die beabsichtigten entwickeln, z. B. das beabsichtigte Darlehensgeschäft kommt nicht zu Stande, weil die geliehenen Geldstücke dem Darleiher nicht gehörten, es entsteht aber eine condictio in Folge ihrer Konsumtion durch den Empfänger der Darlehensvaluta. Haftet das Pfand für solche nicht erwartete Obligationen? Dies ist zu bejahen. Als Absicht der Betheiligten ist anzusehen, alle aus dem Geschäfte entspringenden Verbindlichkeiten durch das Pfand zu versichern.[4]

Drittes Kapitel.

Die Wirkungen des Pfandrechtes.

I. Allgemeiner Charakter.

§ 276. Verhältniß des Pfandrechtes zum Eigenthume.[1]

Das Pfandrecht beläßt dem Eigenthümer, soweit dies mit seinem Zweck vereinbar ist, die Verfügung über seine Sache. Insbesondere ist

---

2) l. 8 § 5 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. l. 6 C. de pign. 8, 13. Ebenso B.G.B. § 1193.

3) l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7, l. 13 § 6 D. de pignoribus 20, 1, l. 18 D. qui pot. 20, 4, l. 4 C. de usuris 4. 32. Nach B.G.B. § 1210 haftet die verpfändete bewegliche Sache auch für Zinsen und Vertragsstrafen, über Hypotheken vgl. § 1118.

4) Vgl. l. 56 § 2 D. de fidejussoribus 46, 1. Selbstverständlich ist vollends, daß eine falsche Benennung des Geschäftes, z. B. Kauf statt Pacht, die Geltung des für dasselbe gestellten Pfandes nicht berührt.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 1 ff.

Digitized by Google

das bei der Hypothek der Fall, die ein unsichtbares, zunächst kaum fühlbares Band um die Sache knüpft.

a) Der Eigenthümer der verhypothecirten Sache hat das Recht, mit seiner Sache nach freiem Ermessen zu wirthschaften. Er darf ihre Bestimmung und die Art ihrer Benutzung beliebig ändern. Nur die Sicherheit des Gläubigers zu gefährden, ist ihm nicht verstattet. In solchem Falle, insbesondere bei Verschlechterung der Pfandsache oder erheblicher Erschwerung ihrer Verkäuflichkeit darf der Gläubiger die versicherte Forderung vorzeitig kündigen und die actio hypothecaria auch vor der Fälligkeit der versicherten Forderung anstellen, um schützende Maßregeln, eventuell Sequestration der Pfandsache zu erzwingen.[2] [3]

b) Der Eigenthümer der Pfandsache ist befugt, sie zu veräußern,[4] und zwar Grundstücke auch in Parzellen. Der Faustpfandgläubiger hat den Eigenthümer beim Verkaufe dadurch zu unterstützen, daß er die Pfandsache Kaufliebhabern vorweist.[5] Auch mit dinglichen Lasten, z. B. Servituten, anderen Pfandrechten, kann die verpfändete Sache noch beschwert werden. Dies alles geschieht aber unvorgreiflich der Rechte des Pfandgläubigers.

Die Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, wonach der letztere das Pfand nicht veräußern darf, ist gültig, die gleichwohl erfolgte Veräußerung dem Pfandgläubiger gegenüber nichtig.[6]

c) Verzicht des Eigenthümers auf Rechte der verhypothecirten Sache

---

2) l. 14 pr. D. de pignoribus 20, 1. B.G.B. §§ 1133 ff. Dem Pfandgläubiger steht bei schuldhafter Verschlechterung des Pfandes durch den Verpfänder ferner die actio pigneraticia contraria in personam offen, l. 9 pr. D. de pign. act. 13, 7. Außerdem hat er die a. legis Aquiliae. Dies ist namentlich dann von praktischer Bedeutung, wenn die versicherte Forderung der Klagbarkeit entbehrt, l. 27 D. de pign. 20, 1.

3) Ist vom Besitzer Niederreißung eines Gebäudes behufs eines Neubaues beabsichtigt, so muß sie der Gläubiger nur zugeben, wenn ausreichende Kaution für die Wiederherstellung geleistet ist. B.G.B. § 1134.

4) l. 12 C. de distract. pign. 8, 27.

5) l. 6 D. de pign. act. 13, 7. Der Verkauf einer speciell verhypothecirten Mobilie wurde nach römischem Rechte als furtum possessionis angesehen, l. 19 § 6 D. de furtis 47, 2, war aber gleichwohl nicht nichtig.

6) l. 7 § 2 D. de distractione pignorum 20, 5. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Ueber die Anfechtung der Lesart siehe oben § 9 Anm. 8. Ueberhaupt vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 20. B.G.B. § 1136 bestimmt: „Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigenthümer" — des verpfändeten Grundstücks — „dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig."

Digitized by Google

ist an sich zulässig, kann aber dem Pfandgläubiger nicht entgegengestellt werden, soweit er durch denselben geschädigt ist.[7]

§ 277. Ungetheiltheit der Pfandhaftung.

Die Pfandsache haftet dem Pfandgläubiger ungetheilt für die ganze versicherte Forderung.[1] Dies hat nach einer doppelten Richtung hin Bedeutung.

1. Die Pfandsache haftet ganz für jeden Rest der Schuld, sei es an Kapital, sei es an mitversicherten Zinsen.[2] Sie kann bis zu deren völliger Abtragung ganz vindicirt, ganz verkauft werden.

2. Die ganze Pfandsache haftet für die versicherte Forderung.

Wird die Pfandsache getheilt, so haftet daher jede Parzelle dem Gläubiger für die ganze Forderung. Der Besitzer der Parzelle, welchen der Gläubiger angreift, kann diesen nicht mit dem Betrage abfinden, welcher dem Verhältnisse des Werthes der Parzelle zu dem der Pfandsache entspricht.

Die ungetheilte Haftbarkeit tritt besonders hervor, wenn der Pfandschuldner oder der Pfandgläubiger von Mehreren beerbt wird:

a) Hinterläßt der Pfandschuldner mehrere Erben, so zerfällt die persönliche Forderung regelrecht in Theilforderungen gegen die einzelnen Erben. Auf das Recht des Gläubigers am Pfande hat diese Theilung aber keinen Einfluß. Der Gläubiger kann daher auch die Quote des Pfandobjektes, die auf den Miterben fällt, welcher seine Schuldrate vollständig abgetragen hat, bis zur völligen Tilgung der ganzen versicherten Forderung in Anspruch nehmen. Er belangt also jeden Miterben als Pfandbesitzer rechtsgültig, auch wenn er ihn nicht mehr als persönlichen Schuldner verfolgen kann.[3]

---

7) Oben § 273 Anm. 4. Unrichtig Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 19.

1) Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 27 S. 188 ff.; Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 28; Demelius a. a. O. S. 163. Das Pfandrecht ist nicht, wie ältere Juristen lehrten, untheilbar. Denn als untheilbar läßt sich nur das Recht bezeichnen, welches absolut und unter allen Umständen der Zerlegung widerstrebt. Das Pfandrecht aber kann in Folge des Willens der Betheiligten getheilt werden. Richtig ist nur, daß die Theilung oder Verminderung der versicherten Forderung eine Theilung des Pfandrechtes nicht von selbst im Gefolge hat. Daher spricht Papinian in der l. 65 D. de evict. 21, 2 von der „indivisa pignoris causa". Nach B.G.B. § 1132, § 1222 haftet jede von mehreren für dieselbe Forderung verpfändeten Sachen für die ganze Forderung.

2) l. 85 § 6 D. de V. O. 45, 1.

3) l. 8 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. l. 2 C. si unus ex pluribus 8, 31.

Digitized by Google

b) Hinterläßt der Pfandgläubiger mehrere Erben, so theilt sich zwar die persönliche Forderung unter sie. Aber jedem Erben haftet das Pfand solidarisch für seine Forderungsrate.[4]

Die Miterben haben untereinander die actio familiae erciscundae behufs Ausgleichung.[5]

II. Der Besitz des Pfandes.

§ 278. Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers.

1. Der Faustpfandgläubiger erhält mit der Verpfändung juristischen Besitz des Pfandes. Doch läuft die Ersitzung des Verpfänders während der Besitzzeit des Pfandgläubigers.[1]

In Rom hatte auch der Hypothekar Recht auf den Besitz der Pfandsache, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht bezahlt war.[2] Dies war bereits der gemeinrechtlichen Praxis fremd. Nach Reichsrecht kann der Hypothekar nur die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung beantragen.

2. Bezüglich des Rechtes und der Pflicht des Pfandgläubigers wegen der Nutzungen der verpfändeten Objekte, die er im Besitze hat, ist zu unterscheiden:

a) Werden Objekte versetzt, die zum persönlichen Gebrauche des Verpfänders, nicht zum Geldertrage dienen, z. B. Kleider und Bücher eines Privaten, sein Silbergeschirr und sein Schmuck, so darf sie der Gläubiger ohne specielle Genehmigung des Verpfänders weder in persönlichen Gebrauch nehmen, noch Anderen vermiethen. Er begeht sonst ein furtum usus und haftet in Folge dessen selbst für Zufälle, die der Sache beim Gebrauche zustoßen.[3]

b) Anders bei Verpfändung von Objekten, die dem Schuldner durch ihren ökonomischen Ertrag zu dienen pflegen. Hier ist der Gläubiger berechtigt und sogar verpflichtet, die Nutzungen zu gewinnen.[4] Er erwirbt die Früchte mit der Perception.[5]

4) l. 1 C. unus ex pluribus 8, 31. Imp. Valerianus et Gallienus: Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. a. 257. Vgl. l. 11 § 4 D. de pign. act. 13, 7, l. 11 D. de distr. pign. 20, 5.

5) Ueber die schwierige l. 29 D. fam. erc. 10, 2 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 43 ff.

1) l. 16 D. de usurp. et usuc. 41, 3, abgedruckt oben § 173 Anm. 4.

2) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 53.

3) l. 55 pr. D. de furtis 47, 2. Gajus libro 13 ad edictum provinciale: Si pignore creditor utatur, furti tenetur. Vgl. l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33, 10.

4) l. 1—3 C. de act. pignerat. 4, 24. Kohler, pfandrechtliche Forschungen, S. 182 ff. Ebenso B.G.B. §§ 1212 ff.

Digitized by Google

Der Ertrag ist zunächst auf die Zinsen, dann auf das Kapital anzurechnen, etwaiger Ueberschuß herauszugeben.

3. Hat der Pfandgläubiger ein unverzinsliches Darlehen gegeben und besitzt er ein fruchttragendes Pfand vom Schuldner, so darf er Früchte für sich bis zum Belaufe des landesüblichen Zinses zurückhalten.[6] Man bezeichnet dies Recht gewöhnlich als stillschweigende Antichrese.[7]

4. Eine Antichrese im wahren Sinne ist der Vertrag, durch welchen einem Gläubiger die Nutzung einer Sache an Stelle der Zinsen einer Forderung eingeräumt wird.[8] Eine Antichrese ist auch ohne Verpfändung denkbar. Aber das gewöhnliche ist, daß man den antichretischen Gläubiger auch sicherstellt; daher sieht man im Zweifel in der Bestellung der Antichrese eine Verpfändung.[9] Die Antichrese ist bei Mobilien wie Immobilien möglich. Der Gläubiger ist zur Rechnungsstellung nicht verbunden. Denn er darf die Nutzungen behalten, auch wenn sie die Zinsen überschreiten, kann aber auch keine Zinsen fordern, wenn die Nutzungen geringer sind oder ganz ausfallen.[10]

Verstößt die Antichrese gegen das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880, so ist sie strafbar und nichtig.[11] [12]

§ 279. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen.[1]

Der Pfandgläubiger darf das Pfand, in dessen Besitze er ist, trotz Tilgung der versicherten Forderung wegen anderer bloß chirographischer Geldforderungen, die er gegen den Verpfänder hat, zurückhalten.

5) l. 1, l. 3 C. de act. pign. 4, 24, l. 39 D. de pign. act. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 71. Nach B.G.B. § 954 vollzieht sich der Eigenthumserwerb „mit der Trennung".

6) l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2. Paulus libro 2 sententiarum: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Die Bestimmung entfließt ziemlich willkürlicher Billigkeit, vgl. Dernburg Bd. 2 § 89. Roedenbeck, die Antichresis. Halle 1874 S. 33. Eine andere Auffassung hat Stephan im Archiv für civ. Praxis Bd. 30 S. 355 ff.

7) Vgl. Roedenbeck, die Antichresis, Kohler a. a. O. S. 73. B.G.B. kennt die stillschweigende Antichrese nicht.

8) l. 11 § 1 D. de pignoribus 20, 1. Anders Windscheid Bd. 1 § 234 Anm. 5, Kohler a. a. O. S. 73.

9) l. 33 D. de pign. act. 13, 7. Hiernach gestaltet sich die Antichrese in der Regel als Nebenvertrag der Verpfändung. Von diesem Verhältniß hat die Theorie als dem regelmäßigen bei Entwickelung der Rechtssätze der Antichrese auszugehen.

10) l. 14, l. 17 C. de usuris 4, 32.

11) Ueber das Kanonische Recht vgl. Glück Bd. 14 S. 120.

12) Das B.G.B. läßt Antichresis an beweglichen Sachen zu, vgl. § 1214 Abs. 3, an Grundstücken kann sie dinglich nicht mehr begründet werden.

Digitized by Google

So verordnete Kaiser Gordian;[2] denn ihm erschien die Rückforderung des Pfandes seitens des Schuldners, der andere Verpflichtungen noch nicht erfüllt hatte, als Dolus. Immerhin ist dies Retentionsrecht singulärer Art. Denn in der Regel setzt das Retentionsrecht Konnexität der Ansprüche voraus, d. h. eine wirthschaftliche Zusammengehörigkeit der Ansprüche, welche entweder durch denselben Entstehungsgrund oder durch die Beziehung auf dasselbe Objekt gegeben ist.[3] Derartiges liegt hier nicht vor.

Nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber greift dies Retentionsrecht nicht ein. Ebensowenig gegenüber der Konkursmasse des Verpfänders.[4]

III. Der Pfandverkauf.

§ 280. Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria.

Das Recht des Pfandverkaufes ist wesentlicher Bestandtheil des ausgebildeten Pfandrechtes. Dasselbe scheidet das Pfandrecht vom bloßen Retentionsrechte.

1. Ursprünglich war freilich das Verkaufsrecht dem römischen pignus fremd. Der Gläubiger war vielmehr auf die Rückhaltung und etwaige Nutzung des Faustpfandes beschränkt. Dann fügte man ähnlich wie bei der fiducia[1] den Pfandverträgen eine besondere Konvention ein, welche den Gläubiger zum Pfandverkaufe ermächtigte — das pactum de vendendo pignore.[2] Zur Zeit der späteren klassischen Juristen endlich galt diese Ermächtigung ohne weiteres als in der Verpfändung inbegriffen,[3] ja man versagte sogar dem vertragsmäßigen Ausschlusse

---

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 92.

2) l. un. §§ 2 und 3 C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 26. Imp. Gordianus . . . ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, restituere eam propter exceptionem doli mali non cogeris. jure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cujus nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. Quod in secundo creditore locum non habet . . .

3) Vgl. oben § 138 Anm. 18.

4) Früher war dies Kontroverse. Für das Retentionsrecht gegenüber der Konkursmasse erklärte sich u. a. Vangerow Bd. 2 § 382. Dagegen Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 106. Nach der K.O. ist die Verneinung zweifellos. B.G.B. hat dies Rückhaltungsrecht überhaupt beseitigt.

1) Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia.

2) Gaj. Inst. II 64 l. 74 D. de furtis 47, 2 von Javolenus.

3) Aus den nichtjustinianischen Quellen ergiebt sich, daß man bis Justinian auch in solchem Falle 3 Mahnungen forderte. Paul. sent. II 5 § 1, römisch-syrisches Rechtsbuch, herausgegeben von Bruns und Sachau S. 28, 145, 272.

Digitized by Google

des Pfandverkaufes die gewollte Wirkung. Ein derartiges Verbot verpflichtet seitdem den Gläubiger nur zu dreimaliger Mahnung, ehe er zum Verkaufe schreitet.[4] [5]

2. Mit dieser Entwickelung ging eine Vertiefung der juristischen Auffassung Hand in Hand. Woher stammt, dies war die Grundfrage, das Recht des Pfandgläubigers, Eigenthum zu übertragen, obgleich er selbst nicht Eigenthümer ist. Kann doch Niemand mehr Rechte geben, als er hat.[6] Hierauf wußte man ursprünglich nur zu antworten, daß der Gläubiger aus Vollmacht und mit dem Willen des Schuldners auf Grund des Vertrages über den Pfandverkauf veräußere.[7] Aber dies stand mit dem realen Verhältnisse nicht im Einklange. Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe auch gegen den Widerspruch des Schuldners, auch nach dessen Tode befugt. Und doch heben Widerruf und Tod des Vollmachtgebers die Vollmacht auf. Der Pfandgläubiger kann ferner noch verkaufen, wenn der Verpfänder das Eigenthum der Pfandsache verloren hat. Er thut dies also nicht in dessen Namen.

Die Befugniß zum Pfandverkaufe bildet, dies ist die richtige Erklärung, einen Bestandtheil des dinglichen Rechtes des Pfandgläubigers. Dieser handelt daher bei dessen Vornahme aus eigenem Rechte und im eigenen Interesse, nicht aus fremdem Rechte und in fremdem Interesse.[8]

3. Im älteren römischen Rechte war die Zufügung einer lex commissoria bei den Pfandverträgen sehr häufig. Der Pfandverkauf

---

4) l. 4 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 41 ad Sabinum. Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere, sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit. Vgl. im übrigen die bisherigen Auflagen.

5) Die Glosse frägt: sed haec denuntiatio num quid una vice fiat: solve, solve, solve? Resp. non, sed triduum inter quamlibet debet esse! Das römisch-syrische Rechtsbuch fordert „Mahnung zu drei Zeiten". Es muß eine den Umständen nach zu bemessende Frist zur Beschaffung von Zahlungsmitteln zwischen den Mahnungen liegen. Vgl. Bruns und Sachau S. 28, 272.

6) l. 54 D. de R. J. 50, 17.

7) Gaj. Inst. II § 64. Daher lehren auch viele Neuere, daß der Pfandgläubiger „procuratorio jure" verkaufe, vgl. die bei Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 110 Citirten.

8) In diesem Sinne entscheidet Papinian in der l. 42 D. de pign. act. 13, 7 „in venditione . . . suum creditor negotium gerit, Ulpian findet, daß die Gläubiger, indem sie debitoris fundum vendunt, doch jus suum exsequuntur, l. 5 § 3 und l. 7 § 1 D. de rebus 27, 9 und Paulus spricht aus, daß der Pfandgläubiger jure suo das Pfand verkauft, l. 13 D. de distr. pign. 20, 5.

Digitized by Google

erstrebte eine billige, die lex commissoria aber eine rasche und schneidige Lösung. Denn in Folge der lex commissoria verfällt das Eigenthum der Pfandsache an den Gläubiger statt der Forderung. Dieser hat also, wenn die Schuld fällig und nicht bezahlt ist, die Wahl, entweder die Pfandsache statt der Forderung für sich in Anspruch zu nehmen, oder die versicherte Forderung beizutreiben und von der lex commissoria abzustehen.[9]

Konstantin verbot die lex commissoria und erklärte sie für nichtig.[10] [11] Damit ist aber nicht jeder Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger für den Fall der Nichtzahlung der versicherten Forderung ausgeschlossen.[12] Namentlich nicht ein Verkauf gegen den Schätzungswerth.[13] Nur Verkäufe, welche das Verbot der lex commissoria umgehen sollen, sind unzulässig.[14]

§ 281. Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes.[1]

Der Pfandgläubiger ist zum Privatverkaufe des Pfandes befugt, ohne das Gericht in Anspruch nehmen zu müssen. Er bestimmt die Art der Vornahme.[2] Er kann daher, wie mittelst öffentlicher Versteigerung, so auch aus freier Hand veräußern.

Die Voraussetzungen sind theils materielle, theils formelle.

1. Materielle Voraussetzungen des Pfandverkaufes sind:

a) Fälligkeit der versicherten Forderung und Nichttilgung derselben. Der Verkauf ist zulässig, wenn auch nur einzelne Raten der Forderung fällig und im Rückstande sind.[3]

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 273 ff.

10) l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34. Constantinus ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.

11) Manche Juristen betrachteten das Verbot der lex commissoria als beseitigt durch die Aufhebung der s. g. Wuchergesetze mittels des Bundesgesetzes vom 14. November 1867. Aber mit Unrecht. Denn die lex commissoria ist gegen eine bestimmte Art der Realisirung des Pfandrechts gerichtet und hat keinen direkten Zusammenhang mit den Zinsgesetzen. So auch R.G. Bd. 2 S. 333, Bd. 4 S. 51.

12) l. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5.

13) l. 16 § 9 D. de pignor. 20, 1.

14) B.G.B. § 1149, § 1229 verbietet ebenfalls die l. commissoria.

1) Platner im Archiv für civ. Praxis Bd. 32 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 108 ff., Hubert, du droit de vente du créancier hypothécaire, thèse, Toul. 1892.

2) Nach B.G.B. §§ 1235 ff. ist der Verkauf des beweglichen Pfandes zwar Privatverkauf, aber im Wege öffentlicher Versteigerung nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung von Ort und Zeit und unter der Bedingung sofortiger Baarzahlung zu bewirken.

Digitized by Google

b) Mahnung des Gläubigers zur Zahlung, so daß der Schuldner in Verzug geräth.[4]

Nicht erforderlich ist Liquidität der versicherten Forderung, d. h. vorgängige Feststellung durch rechtskräftiges Urtheil oder gerichtliches Geständniß.[5] Auch gerichtliche Vollstreckbarkeit der Forderung ist nicht nothwendig. Der Gläubiger verkauft aber auf seine Gefahr. Denn wenn ihm das Veräußerungsrecht fehlte, weil z. B. die versicherte Forderung noch nicht fällig war, wird er dem Eigenthümer und Verpfänder der Sache, falls sie die Restitution derselben von ihm fordern, und seinem Abkäufer, falls dieser vom Eigenthümer evincirt wird, ersatzpflichtig.

2. Formell ist zum Verkaufe erforderlich vorgängige Anzeige desselben an den Pfandschuldner.[6]

Justinian forderte in Ermangelung anderer Vereinbarung eine Wartefrist von 2 Jahren für den Pfandverkauf.[7] Gemeinrechtlich wurde diese Bestimmung aber wohl nicht.[8]

Der Zeitpunkt des Verkaufes unterliegt der Bestimmung des Gläubigers.[9] Derselbe ist nicht verantwortlich, wenn er günstige Konjunkturen zum Verkaufe ungenutzt ließ, denn er ist dem Verpfänder nicht zum Verkaufe verpflichtet.[10] Er darf auch unter ungünstigen Verhältnissen veräußern. Dies ist sein Recht.

Der Gläubiger, welchem mehrere Pfänder für dieselbe Forderung haften, bestimmt frei darüber, ob er alle zusammen oder vorerst eines oder das andere zum Verkaufe bringt.[11]

---

3) Ueber l. 8 § 3 D. de pign. act. 13, 7 siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 120.

4) l. 18 C. de adm. tut. 5, 37. Auch das römisch-syrische Rechtsbuch, Bruns und Sachau S. 28 fordert Mahnung und Verzug des Schuldners. Vgl. Dernburg, Bd. 2 S. 122. Gegen das Erforderniß des Verzuges viele Neuere, u. a. Windscheid Bd. 1 § 237 Anm. 3. Dagegen auch B.G.B.

5) Uebereinstimmend B.G.B. Ueber die l. 5 C. de distractione 8, 27 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 172. Der Pfandverkauf ist hier unzulässig, weil der Schuldner nicht in Verzug, vielmehr bereit ist, das von ihm Geschuldete zu zahlen und nur über die Summe in Folge gerechter Zweifel auf gerichtliche Entscheidung provocirt.

6) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27. Diese Bekanntmachung ist mit der Mahnung zur Schuldzahlung nicht zu identificiren. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 135. Nach B.G.B. § 1234 muß der Mobiliarpfandgläubiger dem Eigenthümer den Verkauf vorher androhen und dabei den Geldbetrag bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen.

7) l. 3 § 1 C. de jure dominii impetrando 8, 33.

8) Vgl. die bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 143 Anm. 8, S. 144 Anm. 9 Citirten.

9) Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia, wonach der Gläubiger verkaufen darf „ubi et quo die vellet".

10) l. 6 pr. D. de pign. act. 13, 7.

Digitized by Google

3. Der Gläubiger ist verbunden, bona fide zu verkaufen.[12] Insbesondere hat er einen möglichst günstigen Preis zu erzielen — natürlich aber nicht auf Kosten der Sicherheit.[13]

Pflichtwidriger Verkauf ist nicht nichtig, vorausgesetzt, daß die nothwendigen Formen gewahrt sind.[14] Denn der Gläubiger hat gültig auf Grund seines dinglichen Rechtes verkauft. Dem beschädigten Pfandschuldner stehen daher nur persönliche Ansprüche auf Entschädigung zu, und zwar zunächst gegen den Pfandgläubiger die actio pigneraticia directa, und subsidiär gegen den Käufer des Pfandes, welcher am Betruge des Verkäufers Theil hatte, die actio doli.[15]

4. Nicht kaufen kann das Pfand vom Gläubiger dessen Eigenthümer. Denn der Kauf der eigenen Sache ist nichtig.[16]

Ebensowenig kann der Pfandgläubiger das Pfand von sich selbst erstehen. Auch Kauf durch eine vorgeschobene Person, die für ihn handelt, ist nichtig.[17 18]

Führt aber der Versuch des Pfandverkaufes zu keinem Resultate und bleibt eine nochmalige Mahnung an den Schuldner ohne Erfolg, so kann der Gläubiger Zuschlag der Sache nach ihrem Taxwerthe vom Regenten fordern — dominii impetratio.[19] Auch nach dem Zuschlage behält der Schuldner das Auslösungsrecht gegen Kapital,

---

11) l. 8 D. de distr. pign. 20, 5. Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia. B.G.B. § 1230 bestimmt für das Mobiliarpfand: Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen. Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.

12) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. l. 10 D. de in diem addictione 18, 2.

13) Vgl. l. 10 D. de in diem addict. 18, 2.

14) l. 7 C. de distr. pign. 8, 27.

15) l. 4, 5 C. si vendito pignore agatur 8, 29.

16) l. 39 pr. D. de c. e. 18, 1. l. 40 pr. § 1 D. de pign. act. 13, 7. vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 161. Die Nichtigkeit des Kaufes der eigenen Sache hindert natürlich den Verpfänder nicht, dem Gläubiger das Pfandrecht abzukaufen oder, genau gesprochen, eine Abfindungssumme für den Verzicht auf das Pfandrecht zu gewähren. Aber die Rechte nachstehender Pfandgläubiger werden durch ein solches Geschäft nicht aufgehoben. Nach B.G.B. § 1239 können der Pfandgläubiger und der Eigenthümer bei der Versteigerung verpfändeter beweglicher Sachen mitbieten. Gleiches gilt für die Immobiliarpfandrechte.

17) l. 10 C. de distr. pign. 8. 27, vgl. Paul. sent. II 13 § 4. Ist der Gläubiger befugt, eine für ihn gepfändete Sache, welche nach C.P.O. §§ 820 und 821 vom Gerichtsvollzieher aus freier Hand verkauft werden darf, zu kaufen? Dafür zwar die Motive. Für richtig ist das aber nicht zu achten. Auch würden unkontrolirbare Durchstechereien dann wohl möglich sein.

18) Auch der Bürge des Pfandschuldners, sowie der Nachhypothekar sind nicht im Stande, das Pfand für sich vom ersten Gläubiger zu erwerben. l. 2 D. de distr. pign. 20, 5, l. 5 § 1, l. 6 D. eod., l. 59 § 1 D. mandati 17, 1.

19) l. 3 C. de jure dominii impetrando 8, 33, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 240.

Digitized by Google

Zinsen und Schadensvergütung noch während 2 Jahren. — In Deutschland trat das Gericht an die Stelle des Regenten.

§ 282. Die Wirkungen des Pfandverkaufes.[1]

Der Pfandverkauf begründet neue Rechtsverhältnisse und hat die Auflösung der alten im Gefolge.

1. Gewöhnlicher Verkauf verbindet den Verkäufer zur Uebergabe der Pfandsache und Gewährleistung, den Käufer zur Preiszahlung. Der Pfandverkauf hat entsprechende Folgen:

a) dem Pfandgläubiger liegt die Uebergabe der Pfandsache an den Käufer ob.[2]

Wegen Entwährung der verkauften Sache durch Dritte steht er aber dem Käufer nur in beschränktem Maße ein.[3] Die volle Haftung zu übernehmen, ist ihm nicht zuzumuthen, da er eine fremde Sache verkaufte, und zwar aus Nothwendigkeit. Nur dafür hat er Gewähr zu leisten, daß ihm die Sache an erster Stelle verpfändet war.[4] Außerdem haftet er in Fällen des Dolus, namentlich wenn er wußte, daß die verkaufte Sache dem Verpfänder nicht gehörte,[5] ferner in Folge der Uebernahme besonderer Garantie gegen Entwährung, und endlich wenn er beim Verkaufe seine Eigenschaft als Pfandgläubiger nicht zu erkennen gab.[6]

b) Der Käufer des Pfandes ist dem Verkäufer zur Zahlung des versprochenen Kaufpreises verbunden. Wenn ihm die verkaufte Sache

---

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 169.

2) Ist der Pfandgläubiger nicht im Besitze, so steht ihm gleichwohl das Verkaufsrecht zu, und er haftet dann dem Käufer, welcher in Kenntniß dieses Umstandes den Kauf abschloß, blos für Abtretung seiner Klugerechte. So erklärt sich die l. 13 D. de distractione pignorum 20, 5, Paulus libro 1 decretorum: Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. Nach dem Recht des B.G.B. gilt dies nicht, vgl. §§ 1231, 1232.

3) Vgl. Moreau, Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache 1878.

4) l. 1 C. creditorem evictionem non debere 8, 45. Alexander. Cum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem jure utitur, nisi nominatim repromissum a privato fuerit. si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emptori non justa fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat. sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat, potiorem se ceteris esse creditoribus. Vgl. weiter l. 10 D. de distr. pign. 20, 5, l. 11 § 16 D. d. a. e. v. 19, 1.

5) l. 2 C. creditorem evictionem 8, 45.

6) B.G.B. § 1242 Abs. 1 bestimmt dagegen: Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigenthümer erworben hätte.

Digitized by Google

entwährt wird, kann er den gezahlten Preis nicht vom Verkäufer zurückfordern.[7]

c) Es erhebt sich die Frage, ob der Käufer im Falle der Entwährung wenigstens einen Anspruch gegen den Schuldner hat, welcher durch die Zahlung des Kaufpreises an seinen Gläubiger befreit ist? Ein Vertragsanspruch gegen den Schuldner steht dem Käufer nicht zu, denn mit dem Schuldner hat er nicht kontrahirt. Aber dieser ist auf seine Kosten bereichert; um deswillen kann er im Falle der Entwährung vom Schuldner Erstattung des gezahlten Preises fordern.[8]

2. Zweck und regelmäßige Folge des Pfandverkaufes ist Tilgung der versicherten Forderung.

Aufzurechnen sind die vereinnahmten Kaufgelder, nicht weniger was durch Schuld des Gläubigers, insbesondere durch nachlässige Beitreibung am Kaufpreise verloren ging.[9]

Der Betrag des Kaufpreises, welcher die versicherte Forderung übersteigt — die hyperocha —, ist dem Verpfänder zu erstatten,[10] und

---

7) l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1. Vgl. auch l. 68 D. de evict. 21, 2 und oben § 36 Anm. 18.

8) Den römischen Juristen machte die Klage gegen den Schuldner große Schwierigkeiten. Sie schlugen verschiedene Wege ein. Ulpianus libro 2 disputationum l. 38 D. de evict. 21, 2 ersann folgenden Modus: In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem, et magis est, ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est? Dies ist gekünstelt. Der Gläubiger selbst hat die actio pigneraticia nicht mehr; denn er ist durch den Pfandverkauf befriedigt. Gleichwohl soll diese in seiner Hand leere Klage dem Käufer nach der Cession dienen! Anders l. 12 § 1 D. de distractione pignorum 20, 5 von Tryphonin in seinen Disputationen. Der Jurist erörtert hier die Frage, ob der Gläubiger, dem sein Schuldner eine fremde Sache verpfändete, den in Folge Pfandverkaufes erlösten Preis auf die versicherte Forderung aufzurechnen habe, dabei ist die Bemerkung eingeschoben: sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat. Die hier gedachte Klage ist die actio negot. gestorum contraria. Nur sie paßt auf beide Fälle, von denen die Stelle handelt. Doch ist die Begründung beider Fälle verschieden. Der Eigenthümer stützt seine Klage auf seinen Verzicht hinsichtlich der Vindikation seiner Sache, der Käufer auf die Zahlung des Kaufpreises, welche dem Schuldner zu gute kam. Anderer Ansicht ist Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre der Bereicherung 1878 S. 8. Vgl. aber Moreau a. a. O. S. 17. Endlich giebt Hermogenian in der l. 74 § 1 D. de evictionibus 21, 2 dem Käufer im Falle des Verkaufes eines pignus ex causa judicati geradezu eine actio ex empto utilis gegen den befreiten Schuldner auf Rückerstattung des Kaufpreises mit Zinsen. Siehe das Nähere bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 191.

9) l. 9 pr. D. de distr. pign. 20, 5; vgl. auch l. 26 D. de solut. 46, 3. Kretschmar secum pensare S. 100.

10) l. 42 D. de pign. act. 13, 7, vgl. Dernburg a. a. O. S. 217, l. 24 § 2 D. eod., l. 20 C. de distr. pign. 8, 27.

Digitized by Google

zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger die überschießende Summe zu eigenen Zwecken verwendete, oder in Verzug versetzt ist.[11]

Soweit der Pfanderlös zur Befriedigung der versicherten Forderung nicht ausreicht, bleibt dieselbe bestehen.[12]

Das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers erlischt mit der Uebereignung der Pfandsache an den Käufer.[13] Auch nachstehende Pfandgläubiger können nach dem Verkaufe durch den ersten Pfandgläubiger ihr Pfandrecht nicht mehr geltend machen.[14]

IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.

§ 283. Die hypothekarische Klage.

Die Klage zur Geltendmachung des Pfandrechts heißt nach ihrem Schöpfer actio Serviana und quasi Serviana, nach ihrem Inhalte hypothecaria oder in rem pigneraticia.[1] Sie bezweckte in Rom in allen Fällen *Herausgabe des Besitzes der Pfandsache*, mochte ein Faustpfandgläubiger den verlorenen Besitz oder ein Hypothekar Besitz, den er noch nicht inne hatte, einklagen. Hiernach bestimmen sich die Einzelheiten der Klage.

1. Klageberechtigt ist der nichtbesitzende Pfandgläubiger, Beklagter, wer die Fähigkeit der Herausgabe der Pfandsache hat, also der juristische Besitzer, wie auch der bloße Detentor[2] nach denselben Grundsätzen wie bei der Eigenthumsklage.[3]

Für die Pfandklage kommt nicht in Betracht, ob der Beklagte persönlicher Schuldner ist oder nicht. Beklagte, welche dem Gläubiger nicht persönlich zur Schuldzahlung verbunden sind, vielmehr nur dinglich der Pfandklage unterliegen, pflegt man *dritte Besitzer* zu nennen.

11) l. 6 § 1, l. 7 D. de pign. act. 13, 7.

12) l. 10 C. de obl. et act. 4, 10.

13) Paulus sent. II 13 § 4. l. 15 C. de distr. pign. 8, 27.

14) l. 3 pr. D. de distr. pign. 20, 5. l. 6 C. qui pot. 8, 17, l. 7 C. de obl. et act. 4, 10. Dernburg a. a. O. S. 228. B.G.B. § 1242 Abs. 2 besagt: Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt sind. Das Gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 126 ff. Vgl. über die Entwickelung der hypothekarischen Klage oben § 263.

2) l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. nam si non possideat, nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aeque absolvendus est. Der letzte Satz erklärt sich daraus, daß die Klage eine arbitraria war. Vgl. oben § 133, § 224 bei Anm. 5.

3) Vgl. oben § 225 Ziff. 3.

Digitized by Google

Auch Nichtbesitzer können wegen Dolus mit der Pfandklage in den Fällen der s. g. ficta possessio belangt werden, entsprechend den Grundsätzen der Eigenthumsklage.[4]

2. Bezüglich des Zeitpunktes der Pfandklage ist zwischen dem Faustpfandgläubiger und dem Hypothekar zu unterscheiden. Der Faustpfandgläubiger ist befugt, auch vor Fälligkeit der versicherten Forderung auf Rückgabe der Pfandsache zu klagen, wenn er deren Besitz verloren hat; dem Hypothekar steht die Klage in der Regel erst offen, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht bezahlt ist; vorher kann er nur in Fällen besonderer Gefährdung klagen.[5]

3. Zu beweisen hat Kläger sein Pfandrecht und den Besitz des Beklagten. Behufs des Beweises des Pfandrechtes hat er den Pfandkontrakt oder einen anderen Entstehungsgrund, sowie regelrecht Eigenthum des Verpfänders im Augenblicke der Verpfändung darzuthun.[6] Im Falle der Einklagung einer Hypothek muß er auch Fälligkeit der versicherten Forderung beweisen.[7]

4. Zweck der Klage ist Anerkennung des Pfandrechtes und Herausgabe des Besitzes der Pfandsache.[8] Auch die nach der Klageerhebung gewonnenen und gewinnbaren Früchte, sowie die zur Zeit der Klageerhebung beim Beklagten vorhandenen Früchte sind herauszugeben — sofern die Pfandsache nicht zur Befriedigung des Gläubigers ausreicht.[9]

5. Vertheidigungsmittel des Beklagten sind:

a) Tilgung der Forderung des Klägers. Hiermit erlischt dessen

---

4) Siehe die l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2.

5) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1. Ueber Pfandbestellung für bedingte Forderungen und bedingte Pfandbestellungen für unbedingte Forderungen siehe l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 296, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 3.

6) l. 23 D. de probat. 22, 3, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) Vgl. l. 10 C. de act. pign. 4, 24. Dies nur unvorgreiflich der Anm. 5 behandelten Klage.

8) Kommt es wegen Nichtherausgabe der Pfandsache zur Verurtheilung des Beklagten in Geld, so ist der Schuldner und der dritte Besitzer zu unterscheiden. Der Schuldner wird nur auf die Summe der versicherten Schuld verurtheilt, der dritte Besitzer auf den Betrag des Werthes der Pfandsache. Das Mehr über die versicherte Forderung hinaus hat dann der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner zu restituiren, l. 21 § 3 D. de pign. 20, 1, vgl. übrigens auch l. 16 § 6 D. eod. und hierüber Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 316, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 8.

9) l. 16 § 4 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit. Ueber die Pflicht zur Restitution der Früchte bei Gelegenheit der Pfandklage vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 319 und dort Angeführte, Petražycki, Fruchtvertheilung S. 184.

Digitized by Google

Pfandrecht, so daß die Pfandklage ihre Basis verliert und zurückzuweisen ist.[10]

Dies ist Rechtskonsequenz, nicht besondere Rechtswohlthat. Daher kann selbst ein bösgläubiger Besitzer der Pfandsache durch Angebot der Zahlung, und wenn dasselbe nicht angenommen wird, durch Deposition der Schuldsumme die Pfandklage vereiteln.[11]

b) Gutgläubige dritte Besitzer der Pfandsache haben das s. g. beneficium cedendarum actionum, d. h. sie können gegen Befriedigung des Pfandgläubigers Cession der Klagen desselben verlangen. Weigert der Gläubiger die Cession, so wird er mit der Pfandklage zurückgewiesen.[12]

c) Dritte Besitzer der Pfandsache haben Retentionsrecht wegen Verwendungen auf dieselbe, und zwar wegen nothwendiger schlechthin, wegen nützlicher nur, wenn sie in gutem Glauben besaßen.[13]

d) Häufig geschah es in Rom, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Specialpfand gab und außerdem sein ganzes Vermögen verpfändete. Dann kann der Gläubiger darauf verwiesen werden, zuvörderst seine Befriedigung aus dem Specialpfande zu suchen, ehe er die generell verpfändeten Objekte fordert. Dies Recht nennt man beneficium excussionis realis.[14]

e) Eine extreme Konsequenz des accessorischen Charakters des Pfandrechtes liegt in dem beneficium excussionis personalis, welches Justinian schuf.

Hiernach kann der dritte Besitzer der Pfandsache verlangen, daß der Gläubiger zunächst die persönlichen Schuldner — Hauptschuldner und Bürgen — durchexequire, ehe er die Pfandklage anstellt. Die Pfänder

---

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 307, l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2.

11) l. 12 § 1 D. q. m. p. solv. 20, 6.

12) l. 19 D. qui pot. 20, 4. Scaevola libro 5 responsorum: Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere. respondi posse videri non injustum postulare. Vgl. über diese Entscheidung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 364, siehe auch Knorr im Archiv für civ. Praxis Bd. 28 S. 167 ff. und B.G.B. § 1225.

13) Daß der gutgläubige dritte Besitzer Retentionsrechte gegen den Pfandgläubiger wegen nützlicher Verwendungen hat, bezeugt l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Wie es aber mit dem Retentionsrechte wegen nothwendiger Auslagen steht, ist sehr bestritten wegen l. 44 § 1 D. de damno infecto 39, 2. — Der persönliche Schuldner hat nie Retentionsrechte wegen seiner Verwendungen auf die Pfandsache. Er mag seine Schuld zahlen und damit das Pfand auslösen.

14) l. 2 C. de pignoribus 8, 13. l. 9 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 370, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 24 und 25.

Digitized by Google

in dritter Hand sollen also nur in Anspruch genommen werden, sofern von den persönlichen Schuldnern nichts zu erhalten ist.[15]

Schon nach gemeinem Recht sind die römischen Grundsätze der Pfandklage wesentlich modificirt. Denn nur der Mobiliarpfandgläubiger klagt hier noch regelrecht in römischer Weise auf Herausgabe des Besitzes, wenn ihm dieser entfremdet ist. Dagegen hat der Hypothekar nicht das Recht, den Besitz des verpfändeten Grundstückes zu fordern. Seine Klage geht vielmehr in der Regel auf Anerkennung der Vollstreckbarkeit seiner Forderung in das Grundstück, sei es durch Zwangsverwaltung — Sequestration —, sei es durch Zwangsversteigerung — nothwendige Subhastation. Das B.G.B. hat sich dem angeschlossen.[16]

Der Pfandgläubiger hat außer der hypothekarischen Klage die meisten der dinglichen und persönlichen Rechtsmittel, welche dem Eigenthümer zustehen, insbesondere konfessorische und negatorische Klagen, die actio finium regundorum, ferner Deliktsklagen im Falle einer Beschädigung der Pfandsache. Hierüber ist bei Behandlung dieser Klagen das Nöthige zu bemerken.

§ 284. Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers.[1]

Wer anscheinend — prima facie — Pfandgläubiger ist, kann unter Umständen gerichtlich den Besitz der angeblichen Pfandsache erlangen, obwohl er sein Pfandrecht noch nicht vollständig bewiesen hat.

1. Die Verpächter hatten in Rom das interdictum Salvianum, mittels dessen sie den Besitz der für den Pachtzins verpfändeten in das Pachtgut eingebrachten Objekte erlangen konnten.[2] Das Einzelne ist dunkel.[3] Zweifelhaft ist, ob das Interdikt bloß gegen den Pächter, oder auch gegen Dritte ging;[4,5] streitig ist nicht weniger, ob es auf den Fall

---

15) nov. 4 cap. 2. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 376.

16) B.G.B. § 1227 verweist hinsichtlich des Pfandrechts an beweglichen Sachen auf die Analogie der Eigenthumsansprüche. Dagegen bestimmt es über das Grundstückspfand: Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung, — d. h. durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 324.

2) § 3 J. de interdictis 4, 15. Gaj. Inst. IV. § 147.

3) Vgl. neuerdings Lenel in der Savignyztschr. Bd. 3 S. 180 ff. und edictum perpetuum S. 393.

4) In der l. 1 C. de precario et de Salviano interdicto 8, 9 scheint Gordian das interdictum Salvianum gegen dritte Besitzer zu verweigern — id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit —, dagegen wird es in den Pandektenstellen l. 1 und l. 2 D. de Salviano interdicto 43, 33 nicht bloß gegen den Pächter, sondern auch gegen dritte Besitzer gewährt. Auch Theophilus zu Inst.

Digitized by Google

der Verpachtung beschränkt blieb, oder jedem Pfandgläubiger entsprechend zu gute kam.[6]

Seit dem Mittelalter giebt man das Rechtsmittel jedem Gläubiger, welcher ein Pfandrecht prima facie darthut.[7]

2. Die Verpfändungsurkunden enthielten im Mittelalter häufig Vertragsklauseln, wonach sich der Gläubiger eigenmächtig in den Besitz der verpfändeten Sache im Falle der Nichtzahlung der versicherten Forderung setzen durfte — „pacta de ingrediendo".[8] Sie kommen auch heutzutage vor.[9] Auf Grund solcher Klauseln darf der Gläubiger eigenmächtig den Besitz der Sache an sich nehmen, aber persönliche Gewalt gegen den Schuldner ist ihm zu diesem Zwecke nicht gestattet und macht ihn strafbar. Die Einholung gerichtlicher Hülfe ist daher rathsam.

Die richterliche Hülfe geschieht in derartigen Fällen durch einstweilige gerichtliche Verfügung.[10]

§ 285. Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte.[1]

Aus dem Pfandkontrakte entspringen gegenseitige persönliche Verpflichtungen des Empfängers des Pfandes und des Verpfänders. Zu ihrer

IV 15 § 3 gesteht es ausdrücklich gegen jeden Inhaber zu. Für das justinianische Recht ist daher die Zuständigkeit gegen dritte Besitzer entschieden anzunehmen. Das ursprüngliche und klassische Recht bleibt ungewiß. Lenel a. a. O. nimmt an, daß das Interdikt in klassischer Zeit nur gegen den Pächter ging, wie Gordian bezeuge, und daß erst im corpus juris Justinians das Rechtsmittel Ausdehnung auf dritte Besitzer erlangte, wobei l. 1 C. de precario aus Versehen stehen geblieben sei. Die l. 1 und l. 2 D. h. t. fielen dagegen nicht in das Gewicht, sie hätten ursprünglich Bezug auf die a. Serviana gehabt und seien erst in Folge von Interpolationen der Kompilatoren dem interdictum Salvianum zugeschrieben worden. Lenel stützt sich namentlich darauf, daß die l. 1 § 1 D. h. t. eine Aeußerung von Julian enthält, die, wie l. 10 D. de pign. 20, 1 von Ulpian ergiebt, sich im Sinne ihres Autors auf die actio Serviana bezog. Es ist dies möglich; ein sicheres Resultat läßt sich aber nach Lage der Quellen kaum gewinnen.

5) Das interdictum Salvianum forderte nicht den Nachweis, daß die Pfandsache tempore conventionis in bonis debitoris war. Auf das interdictum Salvianum bezieht Lenel edictum S. 395 die l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1.

6) Für die Ausdehnung auf andere Fälle führt man an l. 1 C. h. t. 8, 9, Paul. sent. V. 6 § 16.

7) Siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 349 und dort Citirte.

8) Man stützte sich vorzugsweise auf l. 3 C. de pignoribus 8, 13. Severus et Antoninus: Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent. Vgl. auch Deputationsabschied von Speier von 1600 §§ 31 ff. Näheres Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 329.

9) Vgl. R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 63.

10) C.P.O. § 940. Auch das „interdictum Salvianum" wird nach der C.P.O. nur mittels einstweiliger Verfügung durchzuführen sein.

1) Tit. Dig. de pigneraticia actione vel contra 13, 7, Cod. 4, 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 16 ff. Stölzel im Archiv für civ. Praxis Bd. 45 n. 11.

Digitized by Google

Geltendmachung hat der Verpfänder gegen den Pfandgläubiger die actio pigneraticia directa in personam, der Pfandgläubiger gegen den Verpfänder die actio pigneraticia contraria.

Zunächst dienten diese Klagen im Falle des Gebens eines Faustpfandes. Daher wiesen die Römer sie den Realkontrakten zu.[2] Man gewährte sie gleichwohl auch in Fällen der Hypothek soweit sie hier Bedürfniß waren.[3]

Die actiones pigneraticiae setzen einen Verpfändungsakt voraus,[4] aber nicht die Entstehung eines rechtsgültigen Pfandrechtes.[5] Insbesondere kann der Verpfänder die Rückgabe der zum Pfande gegebenen Sache, auch wenn sie eine fremde war, nach Tilgung seiner Schuld verlangen, und der Pfandnehmer hat die actio contraria, wenn die Pfandsache dem Verpfänder nicht gehörte, so daß sich die Verpfändung als eine trügerische erweist.

1. Die Hauptverpflichtung ist die des Empfängers des Pfandes. Er hat die Rückgewähr der Pfandsache und ihres Zubehöres nach Tilgung der versicherten Forderung oder sonstiger Erledigung der Pfandhaftung zu leisten.[6] Ferner hat er, was er über den Betrag der versicherten Forderung hinaus in Folge des Pfandverhältnisses als Gläubiger einnahm, dem Verpfänder zu erstatten. Namentlich

---

2) l. 1 § 6 D. de obl. et act. 44, 7, § 4 J. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 14.

3) l. 7 D. de distr. pign. 20, 5, l. 4, l. 7 C. h. t. 4, 24. Vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 381 Anm. 4, Brinz Bd. 2 S. 614 Anm. 2.

4) Die Klage wurde auch in Fällen des richterlichen und gesetzlichen Pfandrechtes zugestanden. l. 11 § 5 D. h. t. 13, 7, l. 34 D. de damno infecto 39, 2, § 21 D. ut in poss. leg. 36, 4. Sie ist nothwendiger Begleiter der Verpfändung geworden, ihr unentbehrlicher Regulator.

5) l. 9 pr. § 4, l. 11 § 2, l. 22 pr. § 2, l. 32 D. h. t. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 138. Geib, die Person des pigneraticisch Berechtigten und Verpflichteten 1884, Savignyzeitschr. r. A. Bd. 8 S. 151.

6) Die Klageformel der actio pigneraticia forderte, daß „pecunia soluta" oder „eo nomine satisfactum" sei oder daß durch den Beklagten „stetisse, quominus solveretur", l. 9 §§ 3 ff., l. 11 D. h. t. 13, 7, l. 11 C. h. t. 4, 24, l. 20 § 2 D. h. t., l. 3 C. de distr. pign. 8, 27, l. 12 C. h. t. 4, 24. Natürlich ist die Klage aber auch begründet, wenn das Pfandrecht erlischt, während die Forderung fortbesteht, z. B. durch Verzicht. Ferner steht dem Verpfänder die actio pigneraticia auch zu, wenn die Bedingung der Pfandbestellung ausfiel, l. 11 § 2 D. h. t. 13, 7, wenn die Forderung, die versichert werden sollte, nichtig, wenn die Pfandbestellung sonst ungültig ist, l. 25 D. de pign. 20, 1, kurz in allen Fällen, in welchen die Sache, wie sich später herausstellt, dem Pfandzweck nicht oder nicht mehr dient. Ebenso B.G.B. § 1223 beim Mobiliarpfandrecht. Retentionsrecht hat der Pfandnehmer, a) wenn der Verpfänder eine ihm nicht gehörende Sache verpfändete, bis zur Tilgung der versicherten Forderung, l. 9 § 4 D. h. t. 13, 7, vgl. Brinz Bd. 2 S. 618 Anm. 22, und b) wegen chirographarischer Forderungen nach dem Reskripte Gordians, vgl. oben § 279.

Digitized by Google

liegt ihm ob, die hyperocha im Falle des Pfandverkaufes herauszugeben.[7]

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder Rechnung zu legen.

Er steht ihm für jede Schuld ein, sowohl bezüglich der Behandlung als auch der Verwerthung der Sache.[8][9]

2. Der Verpfänder übernimmt Gegenverpflichtungen. Er ist vornehmlich wegen Verschuldung verantwortlich.[10]

Er haftet daher dem Gläubiger, wenn er diesem eine fremde Sache als seine eigene verpfändete, ferner wenn er der Pfandsache Eigenschaften zuschrieb, die ihr fehlten, z. B. sie für eine goldene ausgab, während sie nur vergoldet war, oder wenn er den Gläubiger sonst betrog, z. B. einen Schmuck, den er zu verpfänden versprach, bei der Verpfändung mit einem anderen schlechteren Metalles vertauschte.[11] In derartigen Fällen kann der Gläubiger mit der actio pigneraticia contraria nach seiner Wahl Zahlung seiner Forderung oder ein besseres Pfand verlangen.[12] Er kann auch Ersatz anderen Schadens beanspruchen, den ihm die Schuld des Verpfänders verursachte, z. B. wenn dieser ein mit ansteckender Krankheit behaftetes Pferd versetzte, welches den Viehstand des Gläubigers verdarb.[13]

Der Gläubiger hat ferner wegen nothwendiger oder unter Zustimmung des Verpfänders gemachter Auslagen Anspruch auf Ersatz seitens des Verpfänders.[14] Der Verpfänder ist endlich verpflichtet, den

7) l. 6 § 1, l. 22 § 2 D. h. t. 13, 7, l. 1 C. h. t. 4, 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 143. Der Pfandgläubiger behält, was ihm zwar aus Veranlassung der Verpfändung, aber nicht in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger zukam. Vgl. über den Schatzfund l. 63 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Tryphoninus libro 7 disputationum: Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi, partem debitori praestabit: nec recepta pecunia restituet, quod jure inventoris, non creditoris, ex thensauro apud eum remansit.

8) l. 13 § 1, l. 14 D. h. t. 13, 7, „quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur." Vgl. aber auch l. 18 pr. D. commodati 13, 6. Hierüber siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 151. Ueber l. 43 D. h. t. siehe dort S. 152. Vgl. noch B.G.B. §§ 1217, 1218.

9) Zufälliger Untergang der Pfandsache ist Schaden des Verpfänders. Der Pfandgläubiger ist befugt, die versicherte Forderung trotz des Verlustes der Pfandsache einzutreiben, l. 5, l. 9 C. h. t. 4, 24. Natürlich hat der Pfandgläubiger aber für zufälligen Untergang oder Verschlechterung der Pfandsache zu haften, wenn dies vereinbart ist oder wenn ihm ein furtum zur Last liegt. Vgl. oben § 278.

10) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 161. Ueber l. 62 § 5 (alias l. 61) D. de furtis 47, 2 siehe ebendaselbst S. 162.

11) l. 1 § 2, l. 9 D. h. t. 13, 7.

12) l. 31 D. h. t. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 168.

13) l. 16 § 1 D. h. t. 13, 7.

14) l. 8 pr., l. 25 D. h. t. 13, 7. Petražycki, Einkommen I. S. 308. Nach B.G.B. § 1216 haftet der Verpfänder einer beweglichen Sache wegen Verwendungen des Pfandgläubigers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Digitized by Google

Gläubiger, dem er ein Fauſtpfand einhändigte, bis zur Schuldtilgung im Pfandbeſitze zu belaſſen.[15]

Viertes Kapitel.

Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger.[1]

I. Die Rangordnung.

§ 286. Die normale Ordnung der Pfandrechte.

An derſelben Sache können mehrere Pfandrechte begründet werden. Unter ihnen beſteht eine gewiſſe Ordnung und Folge. Dieſelbe beruht theils auf den allgemeinen Rechtsgrundſätzen — normale Ordnung —, theils auf ſingulären, der Utilität entſpringenden Satzungen — privilegirte Pfandrechte.

Die Verpfändung derſelben Sache an Mehrere rührt denkbarer Weiſe von verſchiedenen Autoren her, zwiſchen denen keine rechtliche Verbindung beſteht, z. B. von dem Eigenthümer und einem publicianiſchen Beſitzer. Dann hat derjenige Pfandgläubiger, deſſen Autor das beſſere Recht hat, ohne Rückſicht auf das Alter den Vorzug. In Ermangelung des ſtärkeren Rechtes eines der Autoren entſcheidet der Pfandbeſitz.[2]

In der Regel rühren die mehreren Pfandrechte von demſelben Autor oder deſſen Succeſſoren her. Hiervon iſt im Folgenden allein die Rede.

Die mehreren Pfandrechte können gleichzeitig an der ganzen Sache begründet ſein. Dieſem Falle ſteht gleich, wenn die Pfandrechte zwar zu verſchiedenen Zeiten beſtellt ſind, wenn aber ihr Alter nicht mehr ermittelbar iſt.[3] Es geht dann der Beſitzer vor.[4] Iſt keiner der Pfandgläubiger im Beſitz, ſo hat Theilung einzutreten. Die Größe

---

15) l. 22 § 3 D. h. t. 13, 7.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 405.

2) l. 14 D. qui pot. 20, 4. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 6 S. 154, Bd. 14 S. 161 ff.

3) So iſt es namentlich, wenn ſie von demſelben Tage datiren und auch die Priorität der Beſtellung innerhalb deſſelben Tages nicht mehr zu ermitteln iſt. So iſt l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1 zu erklären. Iſt dagegen für die beiden konkurrirenden Pfandrechte eine verſchiedene Stundenzeit zu ermitteln, ſo entſcheidet die Stunde, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 410.

4) l. 10, l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1.

Digitized by Google

der Theile bestimmt sich in der Regel nach der Höhe der Forderungen im Augenblicke der Bestellung. Sonst entscheidet das Alter des Pfandrechtes — prior tempore, potior jure.[5]

Doch hat seit Kaiser Leo das in einer publice oder quasi publice aufgenommenen Urkunde bewilligte Pfandrecht den Vorzug vor bloß privatschriftlich bestellten Pfandrechten.[6]

Das B.G.B. läßt für den Rang der Hypothek die Reihenfolge der Eintragungen im Grundbuche, für den Rang des Mobiliarpfandrechts die Zeit der Bestellung, d. h. regelmäßig die Zeit der Uebergabe, entscheiden.[7] Dies entspricht den schon bisher nach den meisten Partikularrechten geltenden Bestimmungen.

§ 287. Privilegirte Pfandrechte.

Zahlreiche Pfandrechte erhielten in Rom wegen wirklicher oder vermeinter Utilität Privilegien, vermöge deren sie trotz jüngeren Datums älteren Pfandrechten vorgingen. Diese Privilegien wurden zwar gemeinrechtlich recipirt, waren aber bereits nach gemeinem Recht von sehr verminderter Bedeutung.

1. Den ersten Rang hat die Generalhypothek des Fiskus wegen der Steuern an dem Vermögen des Steuerpflichtigen.[1]

Dem Reichsrecht ist die Generalhypothek des Fiskus unbekannt. Aber er ist auch jetzt noch privilegirt. Denn im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks haben Ansprüche auf Entrichtung öffentlicher Lasten ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstücke vor allen eingetragenen Hypotheken.[2] Entsprechendes gilt für die Zwangsverwaltung.[3]

Im Konkurse des Schuldners aber gehören die Forderungen des Staates und der Gemeinden wegen öffentlicher Abgaben zu den bevorrechtigten.[4]

---

5) l. 3 C. qui pot. in pignore 8, 17. Antoninus: Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior jure, l. 2 C. eod. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte 1859. Einzelne Fragen der Priorität wurden oben § 88 Anm. 8, § 267 Anm. 8, § 262 Ziff. 2a, § 271 Ziff. 3, § 274 Anm. 8 besprochen.

6) l. 11 C. qui pot. 8, 17, vgl. oben § 264.

7) B.G.B. §§ 879, 1209.

1) l. 1 C. si propter publicas pensitationes 4, 46. Ueber die l. 28 D. de jure fisci 49, 14 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 437.

2) Ges. üb. d. Zw.verst. v. 24. März 1897 § 10 Ziff. 3.

3) Das. § 156.

4) Konkursordnung § 61 Ziff. 2 und 3. Vgl. übrigens K.O. § 49 Ziff. 1.

Digitized by Google

2. Ein Pfandprivileg begründet ferner die versio in rem, wenn durch ein jüngeres Pfandgeschäft ein älteres Pfandrecht erhalten[5] oder zur Existenz gebracht[6] oder seinem Werthe nach vergrößert wurde.[7] Dies Privileg setzt voraus:

a) Daß die Forderung behufs der Verwendung kontrahirt wurde. Es genügt nicht, daß die aus dem späteren Pfandgeschäfte herrührenden Mittel in Folge freien Entschlusses des Schuldners zur Erhaltung oder zum Erwerbe oder zur Verbesserung einer früher verpfändeten Sache verwendet wurden.

b) Die Absicht der Verwendung beim späteren Pfandgeschäfte genügt nicht. Die Verwendung muß wirklich erfolgt sein.

c) Das Pfandrecht, welches ein Privileg erwerben soll, muß unmittelbar mit der Kreditirung entstanden sein. Es reicht nicht aus, daß ein Pfandrecht begründet wurde, nachdem der Schuldner die Mittel zur Verwendung bereits besaß, oder nachdem sie ihm fest zugesagt waren. Denn in solchen Fällen wäre die Pfandbestellung für die älteren Hypothekarien ohne Vortheil. Das aber macht keinen Unterschied, ob das Pfandrecht des Vertirenden durch Vertrag oder unmittelbar durch Gesetz entstand.

Auch das Privileg wegen versio in rem ist nicht mehr Rechtens. Aber es macht sich in einzelnen Anwendungen immer noch geltend.

Ein Hauptfall war in Rom Geben eines Pfanddarlehens zur Reparatur und Ausrüstung eines bereits verpfändeten Schiffes. Das Vorrecht solcher Pfanddarlehen hat sich im Seerechte erhalten.[8]

3. Justinian theilte der Dotalhypothek ein Privilegium zu. In Folge desselben sollte sie älteren Gläubigern des Mannes vorgehen. Die Motive, welche Justinian bei Verleihung dieses Privilegiums leiteten, waren, wie er breit hervorhebt, Rücksichten der Humanität und des Mitleids mit der ungünstigen bürgerlichen Stellung der Frauen. Die Frauen sind genöthigt, ihr Vermögen ganz oder theilweise dem Manne anzuvertrauen. Erhalten sie dasselbe nach Auflösung der Ehe oder im Falle des Konkurses des Mannes nicht zurück, so gerathen sie in eine beklagenswerthe Lage.[9]

5) l. 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero: l. 6 pr. D. eod. idem libro 73 ad edictum: hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.

6) l. 7 C. qui pot. 8, 17, abgedruckt oben § 267 Anm. 8, l. 3 § 1, l. 7 § 1 D. h. t. 20, 4.

7) nov. 97 cap. 3.

8) H.G.B. § 754 n. 6, vgl. auch H.G.B. § 443.

Digitized by Google

Uebrigens wurde dies Privilegium nur der Frau persönlich und ihren Descendenten, nicht aber anderen Erben ertheilt.[10] [11]

Sehr bestritten ist, ob das Privilegium der Dotalhypothek auf den Fall zu beschränken ist, daß die Ehefrau mit Hypothekarien konkurrirt, die zugleich persönliche Gläubiger des Ehemannes sind, oder ob sie sogar solchen Hypothekarien vorgeht, die ihre Pfandrechte von Singularvorfahren des Mannes herleiten. Das erstere ist das richtige.[12]

Die Geschichte hat dies Privilegium verurtheilt. Es mußte den Kredit erschüttern, daß ältere Hypotheken, wenn sich der Schuldner später verheirathete und ein Dos empfing, durch die jüngere Dotalhypothek zurückgedrängt und werthlos gemacht werden konnten.

In Folge der neueren Entwickelung des Pfandrechtes hat das Privilegium der Dotalhypothek seine praktische Bedeutung verloren. Ja die Ehefrau hat wegen ihres Einbringens nicht einmal ein Vorzugsrecht vor gewöhnlichen Konkursgläubigern ihres Ehemannes an der Konkursmasse.

II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.

§ 288. Rechte nachstehender Pfandgläubiger.

Nur der vorstehende Pfandgläubiger hat die volle Gewalt des Pfandrechtes. Nachstehende Pfandgläubiger haben zwar nicht, wie in

9) l. 12 C. qui potiores 8, 17 Justinianus pr.: Adsiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant § 2 ... nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod et corpore et substantia et omnia vita sua maritos fungitur, cum paene mulieribus tota substantia in dote constituta est § 4 ... cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati § 5 ... quis enim eas non miseretur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum creationem?

10) nov. 97 cap. 3 und 4.

11) Ueber den Vorzug der Dotalhypothek vor dem Privilegium wegen versio in rem vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 453 ff., aber auch Arndts § 385 Anm. 3 und dort Citirte. Siehe auch R.G. Bd. 3 S. 175.

12) Die ältere Praxis gab den Pfandgläubigern, welche ihr Recht von einem früheren Eigenthümer ableiteten, ein Separationsrecht gegenüber den Gläubigern des späteren Erwerbers — als s. g. Pfandseparatisten. In unglücklicher Stunde erklärte sich hiergegen Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 13. Er fand Beifall. Aber die Separation vertheidigte Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 14 S. 340, vgl. auch Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 461 und die dort Anm. 1 citirte Litteratur. — Streitig war ferner, ob das von dem bisherigen Eigenthümer vorbehaltene Pfandrecht vor den vom Erwerber herrührenden den Vorzug habe. Auch dies war zweckmäßig, aber geeignet, die richtige Auffassung des reservirten Pfandrechtes zu verdunkeln, vgl. Dernburg Bd. 1 S. 278, aber auch Arndts § 385 Anm. 4. Das R.G. Bd. 3 S. 178 hat sich mit gutem Grunde der Ansicht angeschlossen, „daß das Vorrecht der reservirten Hypothek in Deutschland durch die Praxis unerschütterlich festgestellt wurde".

Digitized by Google

der älteren römischen Zeit, ein bloß bedingtes Recht, aber doch nur beschränkte Befugnisse.[1] Insbesondere hat nur der erste, nicht der nachstehende Pfandgläubiger das Verkaufsrecht.[2] Nach Reichsrecht kann der vorstehende Pfandgläubiger einer beweglichen Sache, der nicht in ihrem Besitze ist und nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen.[3] Der Nachhypothekar kann die Zwangsveräußerung wie die Zwangsverwaltung von Immobilien betreiben, aber nur unbeschadet der vorstehenden Pfandrechte.[4]

a) Das wichtigste Recht des nachstehenden Pfandgläubigers ist das auf die hyperocha, d. h. den Ueberschuß des Pfanderlöses über den Betrag der vorstehenden Pfandforderungen.[5]

b) Das zweite Hauptrecht ist das jus offerendi et succedendi, d. h. das Recht, den vorstehenden Pfandgläubiger abzufinden und mit der Abfindungssumme an dessen Stelle zu treten.[6]

c) Die nachstehenden Pfandgläubiger haben die Pfandklagen wie vorstehende. Den vorgehenden Pfandgläubigern aber können sie den Besitz nicht entziehen.[7]

§ 289. Die hypothekarische Succession.[1]

Für die Regelung der Verhältnisse mehrerer Pfandgläubiger ist das Institut der hypothekarischen Succession von allgemeiner Bedeutung.

---

1) Im älteren Rechte hatten nachstehende Pfandgläubiger nur ein bedingtes Recht, l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4, vgl. oben § 267 Anm. 9.

2) l. 8 C. qui pot. 8, 17. Diocletianus et Maximianus . . . nec alias secundum distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas. — l. 1 D. de distr. pign. 20, 5 . . . ante secundum creditorem dimissum nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit. Dennoch streitet man, vgl. Windscheid Bd. 1 § 241 Anm. 5.

3) B.G.B. § 1232.

4) Reichsges. über die Zwangsverst. v. 24. März 1897.

5) l. 12 § 5 in fine D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 96 § 3 D. de solut. 46, 3.

6) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4 sagt geradezu . . . et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi, ut solvat priori et loco ejus succedat. Ueber das jus offerendi et succedendi vgl. unten § 290. Nach B.G.B. § 1248 hat beim Mobiliarpfandrecht dieses Recht, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, jeder, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an demselben verlieren würde. Ueber das Grundstückspfand vgl. § 1150.

7) l. 12 pr. D. qui pot. 20, 4.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 161 ff. S. 490 und dort Citirte. Neuerdings ist die hypothekarische Succession häufig behandelt worden. Vgl. namentlich Adamkiewicz im Arch. f. civ. Pr. Bd. 56 n. 1, Voß, zur Lehre vom jus offerendi in Iherings Jahrb. Bd. 15 n. 8, Tellegen, successio hypothecaria, Groningen 1880, Regely, das jus offerendi. Berl. Jn.-Diss. 1893. Ueber die hypothekarische Suc-

Digitized by Google

Hypothekarische Succession ist Eintritt eines späteren Pfandgläubigers in die Rangstellung eines durch ihn abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers mit der Abfindungssumme. Freilich sind die Auffassungen dieses Institutes sehr verschiedene, und es fehlt viel daran, daß das Richtige allgemein anerkannt wäre.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Das einfache Abfindungsgeschäft, bei welchem ein Kapitalist zur Abfindung einer vorstehenden Hypothek Geld vorschießt und sich dafür ein Pfandrecht bestellen läßt.[2] Primus z. B. hat eine erste Hypothek von 500, Sekundus eine zweite von 500, die Pfandsache ist 600 werth; zur Abfindung des Primus, welcher den Verkauf droht, nimmt der Pfandschuldner von Tertius 500 auf und verpfändet ihm hierfür die gedachte Sache.[3] Geschieht in Folge dessen die Abfindung des Primus, so rückt Tertius an dessen Stelle, Sekundus bleibt im zweiten Range.

Bei diesem einfachsten Falle ergiebt sich das Wesen der hypothekarischen Succession am deutlichsten. Sie ist nicht, wie ältere Schriftsteller meinten, Uebergang der abgezahlten persönlichen Forderung mit ihrem Pfandrechte im Wege gesetzlicher Cession auf den Tertius. Die Forderung des Primus ist abbezahlt und untergegangen, der Tertius

---

cession bei theilweiser Abtragung der Vorschuld vgl. Schlayer im Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 n. 10.

2) l. 3 D. quae res pignori 20, 3. Paulus libro 3 quaestionum. Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat, quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. Nur der erste Theil der Stelle handelt vom einfachen Abfindungsgeschäft. Der zweite Theil von „denique“ an behandelt, wie Adamkiewicz im civ. Archiv Bd. 56 S. 43 und Schott in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 S. 58 mit Recht annehmen, einen Fall des jus offerendi des zweiten Pfandgläubigers. Daß diesem, auch wenn er sich ein Verkaufsrecht nicht ausbedungen hat, das Verkaufsrecht für den Fall seines Einrückens in die Stelle des ersten Gläubigers zugestanden wird, entspricht der Entwickelung des Rechts zum Pfandverkauf. Dies wird man daher nicht mit Grund dagegen anführen dürfen, daß die hypothekarische Succession als solche nur Einrücken in den Rang des abgefundenen Pfandgläubigers bezweckt. Anderer Ansicht Windscheid Bd. 1 § 233b Anm. 16. Meine frühere Erklärung der l. 3 cit. halte ich nicht fest.

3) Es macht keinen Unterschied, ob der Eigenthümer der Pfandsache vom Tertius ein Darlehen entnimmt, oder dem Tertius das Mandat giebt, den Primus abzuzahlen und in Folge des Mandates verpflichtet ist, dem Kapitalisten das Ausgelegte zu ersetzen. Einen anderen Fall erwähnt l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4.

Digitized by Google

erhält eine neue Forderung aus dem Vorschußgeschäfte.[4] Sie ist auch nicht, wie viele Neuere annehmen, Uebergang des Pfandrechtes des Primus auf den Tertius. Dies beweisen innere und äußere Gründe. Denn wie sollte das Pfandrecht, welches für die Forderung des Primus geschaffen ist, deren Untergang überdauern und sich mit einer anderen — der Forderung des Tertius verbinden? Dies wäre eine Abweichung vom gesetzmäßigen Verlaufe, die nur dann dem römischen Rechte zugetraut werden könnte, wenn jeder andere Ausweg verschlossen wäre. In Wirklichkeit — und dies ist der zweite und entscheidende Grund gegen die bekämpfte Ansicht — fordern die Quellen für das Eintreten der hypothekarischen Succession des Tertius, daß ihm der Eigenthümer der Pfandsache ein neues Pfandrecht bestellt.[5]

Es ist also nicht das alte abgestoßene Pfandrecht des Primus, welches auf den Tertius übergeht. Die Succession besteht nur in dem Eintritte des neu bestellten Pfandrechts in den Rang des Primus, wodurch allein das Abfindungsgeschäft möglich wird. Der Sekundus wird hierdurch nicht benachtheiligt. Nur das Vorrücken an die erste Stelle, das materiell ungerechtfertigt wäre, wird ihm abgeschnitten.

2. Der Fall liegt nicht wesentlich anders, wenn die Forderung des Primus novirt, also durch eine neue Forderung, sei es des Primus selbst, sei es eines anderen — des Tertius ersetzt wird. In Folge der Novation geht die novirte Forderung und zugleich das zu ihrem Schutze bestellte Pfandrecht unter. Wird aber für die novirende Forderung ein Pfandrecht an der bisher verpfändeten Sache von deren Eigenthümer bestellt, so erhält es den Rang des durch die Novation abgefundenen Pfandrechtes. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert,[6] wenn ihnen Tertius statt Primus vorgeht.

---

4) Diese ältere Ansicht vertrat Mühlenbruch, Cession S. 482, vgl. Windscheid Bd. 1 § 233b Anm. 16.

5) Vgl. die oben Anm. 2 abgedruckte l. 3 D. quae res pignori 20, 3, sowie l. 1 C. de his qui in priorum locum 8, 18, ferner l. 3, l. 12 §§ 5 und 8 D. qui pot. 20, 4 und namentlich l. 2 D. de pign. actione 13, 7. Windscheid Bd. 1 § 233b Anm. 16 hält daran fest, daß das für die untergegangene Forderung bestellte Pfandrecht auf die neue Forderung gehe. Er findet, „daß die Einwilligung des Eigenthümers — zur Succession — erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandrechtes". Aber die Quellen sprechen eben nicht von Einwilligung des Eigenthümers zur Succession, sondern von einer Neubegründung des Pfandrechtes durch ihn. Auch Brinz Bd. 2 S. 865 behauptet, der Abfindende erhalte „die bisherige Hypothek" für seine neubegründete Forderung.

6) l. 3 pr., l. 12 § 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Nach Brinz Bd. 2 S. 865 liegt hier eine Succession in die eigene Hypothek, aber nur kraft ausdrücklichen Vorbehaltes vor. Ulpianus libro 28 ad edictum sagt l. 11 § 1 D. de pign. act. 13, 7: novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur.

Digitized by Google

3. Komplicirter erscheint der Fall des jus offerendi et succedendi der nachstehenden Pfandgläubiger. Doch im Grunde ist das Verhältniß dasselbe. Denn als Hauptrecht des nachstehenden Pfandgläubigers gilt das jus offerendi. Die Verpfändung giebt ihm das Abfindungsrecht. Die Pfandsache ist dem nachstehenden Pfandgläubiger von vornherein durch die Pfandkonvention beziehungsweise das Gesetz in doppelter Art verpfändet, nämlich:

a) unmittelbar für das Kreditum, welches er gewährt,

b) eventuell für die Abfindungssumme, falls er den Vorgänger abstößt.[7][8]

Mit dem Betrage der Abfindungssumme tritt der Nachhypothekar in den Rang des abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers nicht anders wie beim einfachen Abfindungsgeschäfte. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert.[9]

4. An die Fälle der hypothekarischen Succession reiht sich die Abfindung eines vorstehenden Pfandgläubigers durch einen Käufer der Pfandsache an. Es erwirbt Jemand — der Tertius — eine mehrfach verhypothecirte Sache unter der Vereinbarung zu Eigenthum, daß der erste Pfandgläubiger mit dem Kaufpreise abbezahlt wird. Dies geschieht. Nach strengem Rechte würde der nachstehende Pfandgläubiger — der Sekundus — dann an die erste Stelle rücken. Er könnte in Folge dessen die Sache dem Tertius abstreiten und sie pfandrechtlich verkaufen; denn das Pfandrecht geht dem Eigenthume vor. Aber dann erhielte der Sekundus durch die Aufwendung des

---

7) l. 12 § 6 D. qui pot. 20, 4. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum: et ita Papinianus libro 3 responsorum scripsit et verum est. — In den früheren Auflagen seiner Pandekten nahm Windscheid an, daß der abfindende nachstehende Pfandgläubiger wegen der Abfindungssumme nur ein Pfandrecht habe, aber keinerlei persönliche Forderung. Jetzt gesteht er dem Ausbezahlenden eine „actio negotiorum gestorum" zu, Bd. 1 § 233 b Anm. 16. So auch Regely a. a. O. S. 56. Richtiger Ansicht nach hat er die actio pigneraticia, weil er in Folge der Ermächtigung des Pfandvertrages zahlt.

8) Nimmt der vorstehende Pfandgläubiger die angebotene Abfindungssumme nicht an, so kann der nachstehende Gläubiger dieselbe deponiren, was dann dieselbe Wirkung wie eine Zahlung hat, l. 1 C. qui pot. 8, 17.

9) Das jus offerendi et succedendi wurde übrigens, wie es scheint, in der späteren klassischen Zeit auch dem vorstehenden Pfandgläubiger gegen die nachstehenden zugestanden Dies ergiebt namentlich Paulus sent. II 13 § 8, eine Stelle, die für die Auslegung des justinianischen Rechtes in das Gewicht fallen muß. Die Frage ist sehr bestritten, vgl. die bei Windscheid § 233 b Anm. 14 Citirten, Schwemann im Archiv für civ. Praxis Bd. 71 Nr. 3, Regely a. a. O. S. 14.

Digitized by Google

Tertius einen Vortheil, auf den er einen materiellen Anspruch nicht hat. Daher verstattete man dem Tertius, den Sekundus so zurückzuweisen, wie dies bisher der durch ihn abgefundene Primus konnte. Dagegen behält aber auch Sekundus das Recht, dem Tertius die gezahlte Summe so zu offeriren, wie wenn dieser Pfandgläubiger an Stelle des Primus wäre. Denn das Recht des Sekundus, durch Angebot der dem vorstehenden Pfandgläubiger geschuldeten Summe an dessen Stelle zu rücken, kann ihm durch den Kauf des Tertius nicht verkümmert werden.[10]

Alle erörterten Successionsfälle stimmen hiernach im Wesentlichen überein; nämlich dahin, daß ein später erworbenes dingliches Recht durch die Abfindung eines Vorgängers in dessen Rang einrückt.[11] [12]

Fünftes Kapitel.

Ende des Pfandrechtes.

§ 290. Die dem Pfandrechte eigenthümlichen Beendigungsgründe.

Dem Pfandrecht specifisch eigenthümlich sind zwei Beendigungsgründe, nämlich Untergang der versicherten Forderung und Pfandverkauf.

1. Der Untergang der versicherten Forderung zieht

---

10) l. 17 D. qui pot. 20, 4. Paulus libro 6 responsorum: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit vgl. l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20, 5, l. 3 D. quae res pignori 20, 3, abgedruckt oben Anm. 2, l. 3 C. de his qui in prior. cred. 8, 18. Für den Fall, daß der Käufer bisher vorstehender Pfandgläubiger war, nimmt Brinz Bd. 2 S. 864 an: „trotzdem daß der Käufer Eigenthümer wird, behält er sein bisheriges Pfandrecht und erwirbt ein neues". Dies ist ein wahrer Thurmbau von Rechten, während die Römer nichts Anderes kennen, als einen „Schutz" des Eigenthumes. Vgl. übrigens noch Hofmann in Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 377.

11) Keine wahre Succession tritt ein, wenn ein nachstehender Gläubiger — der Tertius — durch rechtskräftiges Urtheil gegenüber einem vorstehenden Pfandgläubiger — dem Primus — die Priorität erstritten hat, l. 16 D. qui pot. 20, 4. Ein derartiges Urtheil wirkt nur zwischen Tertius und Primus, da res judicata nur jus facit inter partes. Die Stellung des Sekundus bleibt daher unberührt. Wenn etwa Primus auf sein Pfandrecht verzichtet, so rückt Sekundus in die erste Stelle trotz des Sieges des Tertius über den Primus. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 462, Voß in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 4. Geradeso steht es gemeinrechtlich, wenn Primus dem Tertius die Priorität cedirt. Eine derartige Prioritätscession wirkt nur zwischen den kontrahirenden Parteien und kann den Zwischengläubigern nicht entgegengestellt werden.

12) B.G.B. § 880 verfolgt im Wesentlichen die Zwecke der hypothekarischen Succession.

Digitized by Google

das Erlöschen des Pfandrechtes nach sich. Denn um der Forderung willen besteht das Pfandrecht. Ist diese erloschen, so ist das Pfandrecht ohne Halt und geht zu Grunde.

Die Formel der actio hypothecaria hob dies hervor. Aber freilich nicht abstrakt und allgemein. Sie forderte zum Siege des Gläubigers „eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse“.[1] Hiernach war Befriedigung des Gläubigers Endigungsgrund, wie Zahlung so auch Hingabe an Zahlungsstatt, Novation, Erlaß. Man stellte aber die anderen Gründe der Aufhebung der Forderung gleich, z. B. Konfusion, wenn Gläubiger und Schuldner dieselbe Person werden.[2] Darin fand man eben den accessorischen Charakter des Pfandrechtes, daß es untergeht, wenn die Forderung erlischt.[3]

Aber freilich bleibt das Pfandrecht unberührt, wenn nur die Klage zerstört wird, die Forderung aber als klaglose — naturalis obligatio — bestehen bleibt.[4] Eine solche Forderung kann noch gezahlt werden, daher erhält sich ihretwegen auch das Pfandrecht.

Paulus berichtet von einem Falle, in welchem „remanet propter pignus naturalis obligatio“.[5] Hier sei, so argumentiren Einige,[6] nicht

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 167 ff.

2) l. 6 D. q. m. p. vel h. s. 20, 6. Ulpianus libro 73 ad edictum: Item liberatur pignus sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est, sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus vel si qua ratione obligatio ejus finita est.

3) l. 43 D. de solut. 46, 3 siehe oben § 261 bei Anm. 7.

4) l. 14 § 1 D. de pign. 20, 1. Ulpianus libro 73 ad edictum: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Diese Konstruktion hat Ulpian zwar nicht erfunden, aber scharf formulirt und zur Geltung gebracht.

5) l. 61 (59) pr. D. ad. s. c. Trebellianum 36, 1. Paulus libro 4 quaestionum: Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure domini id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, — igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 577—591. Die Schlußworte von Paulus bedeuten übrigens wohl nur: „wir erkennen an dem Fortbestehen des pignus das Fortdauern der naturalis obligatio“; vgl. l. 8 D. de cond. indebiti 12, 6. So auch Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 406. Zudem ist klar, daß sich die Entscheidung nur auf den Fall des erzwungenen Erbschaftsantritts bezieht, welcher dem S. C. Pegasianum entsprach.

6) Windscheid Bd. 1 § 225 Anm. 13 ff., § 249 Anm. 4.

Digitized by Google

die Forderung die Grundlage des Pfandrechtes, sondern das Pfandrecht die Grundlage für die Forderung. Es bestehe also in Wirklichkeit ein Pfandrecht ohne Forderung. Im Grunde sei hiermit die accessorische Natur des Pfandrechtes aufgegeben. Hiernach leugnen Viele die accessorische Natur des römischen Pfandrechtes überhaupt.[7] Dies alles ist nicht zutreffend. Denn die juristische Konstruktion der Rechtsinstitute ist nicht aus besonderen anomalen Fällen herzuleiten, sondern aus ihrer regelrechten Gestaltung zu entwickeln.

Das Reichsrecht stimmt hinsichtlich des Pfandrechts an einer beweglichen Sache mit dem römischen Rechte überein. § 1252 B.G.B. bestimmt: Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht. Ganz abweichend ist dagegen die Grundstückshypothek gestaltet; mit dem Erlöschen der Forderung erwirbt hier der Eigenthümer die Hypothek.[8] Das römische Recht giebt für solche Sätze keine Anknüpfungspunkte.

2. Der vollzogene Pfandverkauf beendigt das Pfandrecht des Verkäufers und der ihm nachstehenden Gläubiger.[9]

Im Fall der Zwangsversteigerung der Grundstücke bleiben die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken, soweit es sich um das eingetragene Kapital handelt, unberührt.[10] [11]

§ 291. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechtes.

Zahlreiche Endigungsgründe des Pfandrechtes haben eine allgemeine Natur, da sie bei Vermögensrechten jeder Art oder doch bei allen dinglichen Rechten an fremden Sachen in ähnlicher Weise einwirken.

1. Verzicht des Pfandgläubigers beendet sein Recht. Er bedarf der Annahme des Eigenthümers der Pfandsache.[1]

Stillschweigender Verzicht genügt. Er wird in der vorbehaltlosen

---

7) Vgl. auch Schott in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 S. 32 ff.

8) B.G.B. § 1163.

9) Vgl. oben § 282 bei Anm. 12.

10) R.Ges. über die Zw.Verst. v. 24. März 1897.

11) Geräth der Verpfänder von Mobilien in Konkurs, so kann der Konkursverwalter deren Herausgabe fordern und sie zur Veräußerung bringen, damit erlischt das Pfandrecht an der Mobilie, der Pfandgläubiger behält aber ein Vorrecht an dem Erlös, vgl. K.O. § 127.

1) l. 2 C. de remissione pignoris 8, 25. Antoninus . . . obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur. Ob die Annahme durch den Verpfänder genügt, wenn er nicht mehr Eigenthümer ist? Dafür Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 547, dagegen aber Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 2. Vgl. auch Meißels in Grünhuts Zeitschr. Bd. 19 S. 10. Nach B.G.B. § 1255 genügt zur Aufhebung des Pfandrechtes an einer beweglichen Sache die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigenthümer, daß er das Pfandrecht aufgebe. Ueber das Grundstückspfand vgl. § 875.

Digitized by Google

Aushändigung des Faustpfandes an den Verpfänder gesehen,[2] denn der Gläubiger, welcher sein Pfandrecht erhalten will, giebt nicht leicht den Besitz auf, in welchem die Garantie seines Rechtes liegt. Auch die Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung seines Pfandes durch den Verpfänder wird von den Römern in der Regel als Verzicht für den Fall der Verwirklichung der Veräußerung aufgefaßt. Denn der Verpfänder bedarf an sich der Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung des verpfändeten Objektes nicht; wird diese Zustimmung dennoch eingeholt, so muß sie einen besonderen Sinn haben, und dieser kann nur der des Verzichtes auf das Pfandrecht sein.[3]

Einen Verzicht auf das Pfand nahm man auch an, wenn beim Verkaufe eines Grundstückes die Gläubiger öffentlich zur Anmeldung ihrer Hypotheken aufgefordert wurden und, obgleich sie ortsanwesend waren, die Anmeldung ihrer Hypotheken unterließen.[4] Dieser Rechtssatz war für den römischen Verkehr von der größten Wichtigkeit, denn es lag hierin meist das einzige Mittel, eine einigermaßen sichere Uebersicht über den Schuldenstand eines Grundstückes, welches man erwerben wollte, zu gewinnen. Das gemeine Recht hat ihn noch weiter ausgebildet, und an die Stelle der privaten Aufforderung ein gerichtliches Aufgebotsverfahren gesetzt, mit der Wirkung des Ausschlusses eines Jeden, welcher sich nicht rechtzeitig meldet.

2. Das Pfandrecht hört nothwendig mit dem Untergange der Pfandsache auf;[5] nicht weniger wenn diese Sache eine öffentliche wird. Veränderungen der Pfandsache, z. B. Errichtung eines Hauses auf dem verpfändeten Acker, ziehen den Untergang des Pfandrechtes nicht nach sich.[6]

---

2) l. 9 § 1 C. de remissione pignoris 8, 25, l. 3 D. de pign. actione 13, 7. Die Rückgabe der Verpfändungsurkunde bedeutet gleichfalls einen Verzicht auf die Hypothek nach l. 7 C. de rem. pign. 8, 25. B.G.B. § 1253 läßt das Mobiliarpfandrecht durch Rückgabe des Pfandes an den Eigenthümer oder an den Verpfänder erlöschen, der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.

3) Die Römer haben dies ins Einzelne hinein kasuistisch entwickelt l. 4 § 1, l. 7, l. 8 §§ 6 ff. D. q. m. p. s. 20, 6, vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 552.

4) l. 6 C. de remissione pignorum 8, 25. Impp. Diocletianus et Maximianus: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. Nicht einmal eines besonderen Aufrufes bedarf es, wenn der Fiskus öffentlich verkauft. l. 8 C. eod. 8, 25.

5) l. 8 pr. D. q. m. p. s. 20, 6.

6) l. 16 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Es erhält sich das Pfandrecht am Boden, wenn das verpfändete Haus abbrennt, l. 29 § 2, l. 35 D. de pignoribus 20, 1. — Sind die Baumaterialien als verpfändet anzusehen, wenn ein Haus verhypothecirt ist und wenn es der Eigenthümer abbricht? Es ist dies zu bejahen, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 563 ff. Wie aber, wenn aus einer Mobilie bei deren Untergang eine neue

Digitized by Google

Es ist ein Fundamentalgrundsatz des römischen Rechtes, daß an der eigenen Sache ein Pfandrecht unmöglich ist.[7] Daher erlischt es, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum der Pfandsache erhält.

Aber dieser Grundsatz erleidet eine Modifikation, wenn die Sache mit mehreren Pfandrechten belastet ist und der vorstehende Gläubiger das Eigenthum an ihr erwirbt. Dann behält er gegen die nachstehenden Pfandgläubiger dieselben Rechte, wie wenn sein vorstehendes Pfandrecht noch bestünde.[8] Dies war billig und recht, denn sonst würde er ohne materiellen Rechtsgrund geschädigt und die Nachhypothekarien erhielten Vortheile, auf die sie materiell keinen Anspruch hatten. Im Grunde liegt in derartigen Fällen nichts als eine Ausstattung des Eigenthums mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekarien.[9]

Sache entsteht oder übrig bleibt. Es ist z. B. eine Kuh verpfändet, sie fällt beim Gläubiger; hat er ein Pfandrecht an der Haut? Bei der Verpfändung kommt es den Betheiligten nicht sowohl auf die specifische Pfandsache als auf Sicherstellung durch ein Werthobjekt an. Man darf daher als präsumtive Absicht bei der Verpfändung ansehen, daß dem Gläubiger alles verpfändet sein soll, was sich aus der Pfandsache entwickelt. Vgl. aber l. 18 § 3 D. de pign. a. 13, 7; oben § 202 Anm. 5; siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 560 ff., Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 S. 331, Bremer Pfandr. S. 165 ff., Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 10. Ergreift das Pfandrecht die Versicherungssumme? Hierüber vgl. M. Scherer in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 2. B.G.B. §§ 1128 ff.

7) l. 45 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 30 ad edictum . . . Neque pignus neque depositum, neque precarium . . . rei suae consistere potest. Daß diese und ähnliche Aeußerungen bloß feststellen, daß der contractus pigneraticius keine Wirkung zu Gunsten des Verpfänders habe, — wie Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 105 Anm. 1 annimmt — kann ich nicht finden. Vgl. l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

8) In der l. 30 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2 entscheidet Paulus — 14. Buch der Quästionen — folgenden Rechtsfall. Bei Gelegenheit eines Erbschaftsprozesses zwischen Mävius, dem wirklichen Erben, und Titius, einem Erbschaftsprätendenten, kam es zu einem Vergleiche, laut dessen Titius dem Mävius außer einigen erbschaftlichen Vermögensstücken auch ein ihm eigenthümlich zustehendes Grundstück zu Eigenthum überließ. Auf diesem Grundstück haftete eine Hypothek für den X.; dieser stellte gegen den Mävius die actio hypothecaria an und drang mit derselben durch. Später fand Mävius Urkunden, wonach jenes Grundstück bereits seinem Großvater und zwar vor dem X. verpfändet war. Die nächste Frage war, ob dem Mävius, wenn er das Grundstück von X. herausfordere, die exceptio rei judicatae entgegenstehe. Dies verneint der Jurist, da es sich hierbei um eine andere Rechtssache als die früher entschiedene handelt. Er fährt dann fort: in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit domino adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.

9) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 570 ff. Siehe auch Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 50 ff., S. 84. Nach B.G.B. § 1256 erlischt das Mobiliarpfandrecht, wenn es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft; es gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen hat, sowie dann, wenn die versicherte Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Ueber die Hypothek vgl. §§ 1163, 1168, 1177.

Digitized by Google

Ganz anders fassen die Sache viele neuere Schriftsteller auf. Sie unterstellen, daß die Römer grundsätzlich und allgemein ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt hätten.[10] Hieraus schließen sie, daß ein derartiger Eigenthümer die eigene Sache als Pfandgläubiger verkaufen und damit von Nachhypotheken befreien könne; ja auch weiter begeben könne er ein derartiges Pfandrecht an der eigenen Sache. Da ist es denn nur ein Wunder, daß die Römer, welchen doch sonst der Muth nicht fehlte, die Konsequenzen ihrer Grundsätze zu ziehen, von solchen weittragenden Dingen nichts wissen. Sie geben dem Eigenthümer Rechte nach Art eines Pfandrechtes nur, falls er mit Nachhypothekarien konkurrirt, die dem früher zu seinen Gunsten bestellten Pfandrechte nachstanden. Daher ist es doch wohl das allein richtige Verfahren, hierin nur eine durch die Billigkeit bedingte Deviation von den Grundsätzen zu sehen, welche im übrigen ihr Sachenrecht beherrschen.

Daß moderne Rechte die Rechtsform der Pfandrechte an eigener Sache geschaffen haben, ist Thatsache. Aber dies bildet einen Gegensatz gegen das römische Recht und keine Fortbildung desselben.

4. Endlich hat auch die Zeit Einfluß auf die Beendigung des Pfandrechtes.

a) Wer die Pfandsache in gutem Glauben und ohne Kenntniß des auf ihr lastenden Pfandrechtes — nicht als Erbe des Verpfänders — erwarb, erlangt durch Besitz von 10 oder 20 Jahren, je nachdem er mit dem Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnt oder nicht, eine longi temporis praescriptio. Sie wird durch Anstellung der Klage innerhalb der gedachten Zeit unterbrochen. Sie hat den Charakter einer Klagenverjährung, doch nähert sie sich einer Ersitzung dadurch, daß der Präskribent die Sache vom Pfandgläubiger auch vindiciren kann, wenn er den Besitz an diesen verloren hat.[11]

b) Außerdem tritt der Pfandklage die ordentliche Klagenverjährung entgegen. Sie vollendet sich gegen den Schuldner und dessen Erben erst in 40 Jahren. Auch der nachstehende Pfandgläubiger bedarf gegen den

---

10) Hartmann, Rechte an eigener Sache in Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 100. G. Buchka, die Hypothek des Eigenthümers S. 7 ff. Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 26, siehe auch die bei Arndts § 389 Anm. 2 citirten Schriftsteller sowie Wießner, d. Pfandr. an d. eignen Sache. Bresl. Jn.-Diss. 1893.

11) l. 5 § 1, l. 12 D. de div. temp. praescr. 44, 3, l. 7 § 1, l. 14 C. de obl. et act. 4, 10, l. 2 C. adversus creditorem 7, 36, l. 19 C. de evict. 8, 44. Schmitthenner, im hessischen Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 92 betrachtet diese Verjährung als „Ersitzung der Pfandfreiheit". So auch Arndts § 390 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 17, Seuff. Archiv Bd. 26 Nr. 113. Gegen diese Auffassung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 596 ff., Wächter, Superficiar- oder Platzrecht S. 112. Vgl. B.G.B. § 945.

Digitized by Google

vorgehenden, so lange der Verpfänder lebt, 40 Jahre. Ebenso steht es nach dem Tode des Verpfänders, sofern sich der Nachhypothekar auf seine Besitzzeit während des Lebens des Verpfänders berufen will. Stützt er sich bloß auf die Zeit nach dessen Tode, so genügen 30 Jahre.[12]

Sechstes Kapitel.

Verpfändung von Rechten.

§ 292. Verpfändung von Forderungen. Afterverpfändung.

Unter den verpfändbaren Rechten nehmen die Forderungen die erste Stelle ein.[1] Gute und sichere Obligationen sind nicht minder zuverlässige Pfänder als körperliche Sachen.

Zwei Auffassungen bestehen hinsichtlich der juristischen Natur dieses Pfandrechtes (pignus nominis). Nach der einen begründet es ein Recht an der Forderung. Dieselbe wird hiernach als Rechtsobjekt behandelt, wie eine körperliche Sache. Die Geltendmachung auch dieses Pfandrechtes geschieht durch hypothekarische Klage.

Richtiger Ansicht nach ist aber die Behandlung der Forderung als Rechtsobjekt dem römischen Rechte fremd. Sie würde voraussetzen, daß die Römer Rechte an Rechten grundsätzlich anerkannt hätten, was sich nicht nachweisen läßt.[2] In letzter Linie läuft das Recht des Pfandgläubigers der Forderung nothwendig hinaus auf einen Anspruch gegen den Schuldner derselben — den Drittschuldner — zur Leistung des Schuldobjektes. Hierin ist der Kern der Verpfändung der Forderung zu suchen. Sie ist die unentziehbare Legitimation, die verpfändete Forderung behufs Befriedigung des Anspruches an den Verpfänder geltend zu machen; sie bildet eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene, hiernach beschränkte

---

12) l. 7 pr. §§ 1 und 2, l. 8 § 1 C. de praescr. XXX annorum 7, 39. B.G.B. kennt die vierzigjährige Frist nicht.

1) Die Verpfändung der Forderungen ist häufig Gegenstand der Untersuchung geworden. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 461. Die neueste Schrift ist von Hellwig, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883, vgl. hierüber Pfersche in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 27 S. 208. Die Litteratur siehe bei Hellwig S. XIII. Vgl. ferner Lazarus, Pfandrecht an Ford. 1889, sowie Oetker, d. Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse in der Festschrift für Buchka 1891. Ueber das Pfandrecht an einer dem Schuldner gegen seinen Gläubiger zustehenden Forderung vgl. Oertmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 81 S. 61.

2) Vgl. oben § 249 Anm. 8.

Digitized by Google

Cession.[3] Soweit die Rechte des Pfandgläubigers nicht eingreifen, bleiben natürlich die Rechte des Verpfänders bestehen. Daher hat man neuerlich die in der Verpfändung liegende Cession eine kooptirende genannt.[4]

Nur abtretbare Forderungen sind verpfändbar.[5] Ihre Verpfändung geschieht wie die körperlicher Sachen, durch Rechtsgeschäfte — Vertrag oder Testament —, in Folge Gesetzes und durch den Richter. Eine Form ist nach gemeinem Recht nicht erforderlich. Das Reichsrecht macht dagegen die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, von einer Anzeige des Gläubigers an den Schuldner abhängig.[6]

Dem Forderungspfandgläubiger stehen behufs Realisirung seines Pfandrechtes zwiefache Befugnisse zu:

a) Er ist befugt, die ihm verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit vom Drittschuldner beizutreiben — jus exigendi.[7][8]

---

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 462.

4) So Hellwig a. a. O. insbesondere S. 54 ff. Eine grundsätzliche Abweichung von der Theorie der „beschränkten Cession" liegt freilich in Hellwigs Ausführungen nicht, vgl. Pfersche a. a. O.

5) B.G.B. § 1274 Abs. 2 bestimmt: „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden".

6) B.G.B. § 1280.

7) Die Hauptstelle ist l. 18 pr. D. de pign. actione 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Vgl. ferner l. 20 D. de pignoribus 20, 1. Ulpianus libro 63 ad edictum: Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

8) Wichtige Fragen sind in den Quellen nicht entschieden. Kann der Forderungspfandgläubiger die verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit einziehen, ehe die eigene Forderung gegen den Verpfänder fällig ist? Gewöhnlich nimmt man an, daß in diesem Falle weder der Verpfänder, noch der Pfandgläubiger Zahlung betreiben oder annehmen könne. Wolle sich der Drittschuldner also liberiren, so müsse er die Schuldsumme deponiren, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 464; hiergegen erklären sich Hellwig a. a. O. S. 148 und Pfersche a. a. O. Es ist zuzugestehen, daß diese Behandlungsweise meist nicht beabsichtigt sein wird. Der Forderungspfandgläubiger kann also die fällige Forderung einziehen und hat dann eine Geldkaution, sofern es sich um eine Geldforderung handelt. — Ist der Pfandgläubiger zur diligenten Eintreibung verpflichtet? Dies bejaht Pfersche a. a. O. Man muß ihm beitreten. Es liegt dies in den Zwecken des Geschäftes. Indem der Verpfänder sein Einforderungsrecht aufgiebt, erwartet er die gehörige Beitreibung durch den Forderungspfandgläubiger, sonst wäre er unverhältnißmäßig geschädigt. Dagegen ist Hellwig a. a. O. S. 240. Nach B.G.B. § 1281 ist der Pfandgläubiger erst dann zur Einziehung der Forderung berechtigt, wenn die seinige fällig geworden ist. Vorher kann der Schuldner nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten, vgl. § 1280.

Digitized by Google

Verpfändet ist ihm die ganze Forderung des Verpfänders, auch soweit sie den Betrag der eigenen überschreitet. Dies ist besonders wichtig, wenn der Drittschuldner in Konkurs verfallen ist. Der Forderungspfandgläubiger kann die ihm verpfändete Forderung ganz im Konkurse anmelden und hiernach berechnet sich die auf ihn entfallende Konkursdividende. Immerhin kann der Gläubiger, welchem eine Geldforderung für eine Geldforderung verpfändet ist, nicht mehr einziehen, als die eigene Forderung beträgt.[9]

Das vom Drittschuldner beigetriebene Geld wird Eigenthum des Forderungspfandgläubigers und ist auf seine Forderung an den Verpfänder anzurechnen.[10]

Geht aber die verpfändete Forderung auf etwas Anderes als Geld, so erwirbt der Forderungspfandgläubiger durch die Beitreibung an ihr nur Pfandrecht, das Eigenthum selbst ist dem Verpfänder zu übertragen.[11]

b) Der Forderungspfandgläubiger hat weiter das Verkaufsrecht der Forderung, so daß er sich aus dem Erlöse bezahlt macht.[12]

Der Pfandgläubiger hat für eine ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen und den Gläubiger von derselben unverzüglich zu benachrichtigen.

9) l. 4 C. quae res pignori 8, 16. Alexander: Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id. quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet. Vgl. § 1282 Abs. 1 Satz 2.

10) Ebenso B.G.B. § 1288 Abs. 2, vgl. auch Abs. 1.

11) Vgl. l. 20 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 7. Viele Schriftsteller nehmen an, der Pfandgläubiger werde Eigenthümer der fraglichen Sache, jedoch nur behufs Sicherung seiner Forderung. Aber die berechtigte Tendenz der Parteien und die Intention des Rechtes gingen in der späteren Zeit darauf, dem Pfandgläubiger nicht mehr Befugnisse in die Hand zu legen, als die Zwecke der Verpfändung schlechthin fordern. Dies führt auf Pfandrecht an der beigetriebenen Species und nicht auf Eigenthum des Pfandgläubigers an derselben. Hierfür spricht auch die oben Anm. 7 abgedruckte l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7. Vgl. B.G.B. § 1287.

12) Ob der Forderungspfandgläubiger das Recht zum Verkaufe der verpfändeten Forderung hat, ist in neuerer Zeit sehr bestritten. Vgl. Exner, Kritik des Pfandr. S. 164, Hellwig a. a. O. S. 33. Die quellenmäßige Stütze des Verkaufsrechtes des Forderungspfandgläubigers ist l. 7 C. de her. vel act. vend. 4, 39 von Diocletianus und Maximianus. Sie lautet nach Krüger folgendergestalt: Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic, — ut responsum est — vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. Hellwig a. a. O. S. 33 übersetzt dies folgendergestalt: Nachdem man dahin gekommen ist, Forderungen zu verpfänden, ist es anerkannten Rechtens, daß dem Pfandgläubiger eine actio utilis — wie auch respondirt wurde — zusteht, wie dem Käufer „einer" Forderung. Ich halte diese Erklärung für unbefriedigend. Die Stelle gewinnt nur dann Zusammenhang, wenn die Rede ist von dem Käufer der besprochenen, d. h. der verpfändeten Forderung. Dies stimmt damit überein, daß die Römer das Wesen des Pfandrechtes im Verkaufsrechte fanden. Nur das wird man mit Rücksicht auf die praktischen

Digitized by Google

Dies gilt unbedingt von Werthpapieren, die einen regelmäßigen Kurs haben.[13] Bei Forderungen anderer Art würde es aber gegen den guten Glauben und die bei der Verpfändung waltende Parteiintention verstoßen, wenn der Gläubiger ohne weiteres zum Verkauf der Forderung schritte. Ein solcher Verkauf wird in der Regel nur ein ungünstiges Resultat ergeben. Der Verkauf der Forderung steht deshalb dem Pfandgläubiger nur subsidiär für den Fall offen, daß der Drittschuldner nicht freiwillig zahlt oder daß sich dem Eintreiben erhebliche faktische Schwierigkeiten in den Weg stellen.

Es kommt vor, daß ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache weiter versetzt.[14] Man nennt ein derartiges Geschäft *Afterverpfändung* — *pignus pignoris, subpignus*. Die juristische Konstruktion der Afterverpfändung ist eine sehr bestrittene.

Viele sehen in ihr die Bestellung eines neuen *Pfandrechtes* an der Pfandsache durch den Pfandgläubiger.[15] Es fragt sich aber, woher der Pfandgläubiger die Legitimation zu einer derartigen Pfandbestellung nimmt? Die Pfandsache ist doch nicht in seinem Vermögen — in bonis. Er kann über sie allerdings zum Zweck der Tilgung der versicherten Forderung verfügen und zu *diesem Behufe* veräußern. Aber er hat nicht die Befugniß, sie zu *eigenen Zwecken* zu benutzen,

---

Bedürfnisse und die vermuthlichen Intentionen der Parteien zugestehen müssen, daß der Forderungspfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber *verpflichtet* ist, von dem unvortheilhaften Wege des Verkaufes der Forderung nur Gebrauch zu machen, wenn sich der Realisirung durch Einziehung Hindernisse entgegenstellen. Vgl. noch Kretschmar secum pensare S. 108, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 303, Windscheid Bd. 1 § 239 Anm. 9. Nach B.G.B. ist ein Verkauf der verpfändeten Forderung — abgesehen von besonderen Vereinbarungen der Parteien und dem Fall des § 1295 — nicht gestattet.

13) Vgl. auch B.G.B. § 1295.

14) l. 13 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Vgl. über diese Erörterung Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 478, siehe ferner l. 1 pr. C. si pignus pignori 8, 23: Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse jam dudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur tamdiuque eum is qui jus repraesentat tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit.

15) Vgl. vorzugsweise Sohm, die Lehre vom subpignus, Rostock 1864, Exner, Kritik S. 79, ferner Hofmann in Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 382, Kohler, pfandrechtl. Forsch. §§ 1 ff., Demelius a. a. O. S. 271. Weitere Litteratur bei Windscheid Bd. 1 § 239 Anm. 13.

Digitized by Google

und es kann ihm daher auch nicht zustehen, sie wegen eigener Schulden zu verpfänden. Wer die Schaffung eines neuen Pfandrechtes durch den Pfandgläubiger annimmt, dem fehlt zudem die Handhabe, um den Afterpfandgläubiger die persönliche Forderung seines Verpfänders gegen den ersten Verpfänder zu überweisen. Der erste Pfandgläubiger behielte also seine persönliche Forderung gegen den ersten Verpfänder unbeschränkt, er könnte auf sie hin Zahlung annehmen, ohne daß der Afterpfandgläubiger dies zu hindern vermöchte. Gleichwohl müßte eine solche Zahlung das Recht des Afterpfandgläubigers vernichten, da dieses den mit der Schuldtilgung eintretenden Untergang des Rechtes des Afterverpfänders nicht überdauern könnte.

Wir sehen in der Afterverpfändung nur einen Ausdruck für die Verpfändung der Forderung des Verpfänders mit seinem Pfandrechte. Hieraus ergeben sich praktisch zweckmäßige Resultate und es schwinden die Schwierigkeiten von selbst. Die Parteien sprechen von Afterverpfändung, weil es ihnen besonders auf die Sicherung durch die Rechte an dem Pfande ankommt, welches dem Verpfänder verpfändet ist. Die zweckmäßige, ihren wesentlichen Intentionen entsprechende Auffassung des Geschäftes zu finden, ist Sache der Juristen.

§ 293. Verpfändung von Servituten.[1]

Eine zwiefache Art der Verpfändung von Servituten kommt vor, nämlich einmal Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten, und zweitens Verpfändung von gleichzeitig und zu diesem Zwecke bestellten Servituten durch den Sacheigenthümer.

1. Die Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten ist nur beim Nießbrauche möglich.[2] Zwar ist der Nieß-

1) Ueber die Verpfändung der Servituten vgl. Büchel, Erört. Bd. 1 n. 3, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 26, 62, 63, Göppert über Verpfändung von Grundgerechtigkeiten im Arch. f. civ. Pr. Bd. 49 n. 12, Eisele, über Verpfändung von Servituten im Arch. f. civ. Pr. Bd. 65 n. 3, Hölder im Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 n. 4, Kohler, pfandrechtl. Forsch. §§ 4 und 13, Steph. Moulin, de l'hypothèque des choses incorporelles, thèse Par. 1892 S. 35 ff. B.G.B. behandelt die Verpfändung von Servituten nicht besonders, läßt aber im § 1274 Abs. 2 ein Pfandrecht an allen Rechten zu, die übertragbar sind.

2) l. 11 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere „non esse ei jus uti frui invito se", tali exceptione eum praetor tuebitur „si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit": nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.

Digitized by Google

brauch als solcher nicht veräußerlich. Aber die Ausübung des Nießbrauches kann übertragen werden. Dies ermöglicht seine Verpfändung.

Der Pfandgläubiger erhält hierbei die Ausübung des Ususfruktes zu den Zwecken des Pfandrechtes; er kann und soll also die Früchte durch Perception gewinnen und auf diese Weise die versicherte Forderung nach Möglichkeit tilgen. Ist dieselbe fällig, so kann er die Ausübung des Nießbrauches pfandrechtlich verkaufen.

2. Merkwürdiger noch ist die Verhypothecirung einer erst zu errichtenden Servitut durch den Sacheigenthümer.

Die wichtigste Anwendung auch dieser Verpfändungsweise ist diejenige des Nießbrauches. Es handelt sich darum, ein wirksames Pfandrecht zu bewilligen, ohne das Besitzthum selbst auf das Spiel zu setzen.

Die Verpfändung wurde richtiger Ansicht nach derart in das Werk gesetzt, daß man dem Gläubiger den Nießbrauch bestellte, jedoch nur zu Pfandzwecken. Wird die versicherte Forderung nicht rechtzeitig bezahlt, so ist der Gläubiger befugt, die Ausübung des Nießbrauches an einen Pfandkäufer zu übertragen. Die Dauer des Nießbrauches bemißt sich also nach dem Leben des Gläubigers.[3] Eine andere Ansicht geht dahin, daß der Gläubiger den Nießbrauch nur faktisch erhalte, daß dieser aber noch nicht in Folge der Verpfändung bestehe.[4] Erst der Gläubiger bestelle ihn durch den Pfandverkauf. Er begründe ihn in der Person des Käufers. Wie soll aber Objekt eines Pfandrechtes eine Servitut sein, die erst nach dem Pfandverkauf in das Leben tritt! Wie eigenthümlich wäre es auch, wenn der Umfang des verpfändeten Nießbrauches von der Person des Pfandkäufers derart abhinge, daß er variirte, je nachdem der Käufer ein Jüngling oder ein Greis wäre.

Auch die Verpfändung von Weg- und Wassergerechtigkeiten durch den Eigenthümer wurde zulässig.[5] Hierbei wird die Weg- oder

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 489.

4) Vorzugsweise Büchel a. a. O. findet hier die Verpfändung einer zwar faktisch, nicht aber juristisch bestehenden Servitut. Erst wenn es zum Pfandverkaufe komme, und der Gläubiger einem Käufer die Servitut übertrage, beginne deren Existenz. Diese Ansicht ist die gewöhnliche, vgl. Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 11, Arndts § 367 Anm. 3. In eigenartiger — sich an Exner, Kritik S. 63 anlehnender — Weise vertheidigt sie Kohler, Forsch. S. 38, vgl. aber auch Wendt, Pand. S. 409.

5) l. 12 D. de pignoribus 20, 1. Paulus libro 68 ad edictum: Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat — et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Digitized by Google

Wassergerechtigkeit zu Gunsten eines Grundstückes des Gläubigers, der freilich nothwendig ein Nachbar sein muß, bestellt, und es wird ihm anomaler Weise das Recht zugestanden, die Felddienstbarkeit nach Fälligkeit der versicherten Forderung einem anderen Nachbarn pfandrechtlich zu verkaufen.[6] [7]

6) Es wurde oben § 238 Anm. 8 gezeigt, daß bei Wasserleitungen der Eigenthümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen konnte, Dritten den Wassergenuß zu überlassen. Hier findet sich nun der weitere Schritt, daß aus Gründen der Utilität eine Weg- oder Wassergerechtigkeit einem Gläubiger behufs seiner Deckung eingeräumt werden kann, mit dem Rechte, sie zu verkaufen. Daß es sich um eine Anomalie im Interesse der Utilität handelt, besagt die mitgetheilte Stelle selbst. Daß diese Singularität nicht weiter ausgedehnt wurde und namentlich bei serv. pr. urbanorum nicht Platz griff, wie l. 11 § 3 D. de pignoribus 20, 1 ausdrücklich bezeugt, bedarf daher kaum der Erklärung. Indessen sind doch viele neuere Schriftsteller anderer Ansicht, vgl. Hölder über die Anwendung der Verpfändung auf serv. urb. im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 4, Eisele a. a. O. S. 119, Kohler a. a. O. § 14, siehe auch andere bei Arndts § 367 Anm. 3 Ziff. d. Citirte. — Ueber die rechtliche Konstruktion der Verpfändung der Weg- und Wassergerechtigkeiten gehen denn auch die Ansichten sehr auseinander. Alle irgend denkbaren Auffassungen sind mit Scharfsinn und wohl auch zum Theil mit Spitzfindigkeit vertheidigt worden. Vgl. Keller in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 n. 4, Kindervater ebendort Bd. 6 S. 126, Göppert im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 n. 12 mit zahlreichen Litteraturnachweisungen, Eisele im Archiv für civ. Praxis Bd. 65 S. 123, Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 253: „Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbesondere der auf die Sphäre des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte".

7) Verpfändbar ist auch das Urheberrecht, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 64 Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 18 S. 411.

Digitized by Google

Sachregister.

Es sind sowohl die Paragraphen als die Seiten bezeichnet. Die Paragraphen-Ziffer steht eingeklammert hinter der Seiten-Ziffer. Die fett gedruckten Zahlen weisen auf die sedes materiae hin. a = Anmerkung. I bedeutet erste, II zweite Abtheilung.

A.

Abfindung des Pfandgläubigers (hypothekarische Succession) II 303 ff. (289).
Abgaben, fiskalische, gesetzliches Pfandrecht II 269 (269).
Abgeleiteter Besitz II 11 (172).
Abgeleiteter Eigenthumserwerb II 80 (201).
Abortus I 109 (50).
Absolute Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte I 281 (120).
Abstrakte Rechtsgeschäfte I 220 (95).
Abwesenheit I 115 (51), Restitutionsgrund I 329 (142), bei der Ersitzung II 125 (221).
Accessio, Eigenthumserwerbsart, II 91 ff. (206) vgl. 81 (201).
Accessio possessionis II 125 (221).
Accessionen I 174 (77).
Accidentalia negotii I 216 ff. (93).
Accursius I 9 (4), 30 (16).
Acquisitivverjährung s. Adquisitivverjährung.
Actio I 294 (127), 350 ff. (151).
— ad exhibendum I 311 (135).
— aquae pluviae arcendae II 157 ff. (232), 56 (192).
— arborum furtim caesarum I 310 a 3 (135).
Actio certae pecuniae I 301 ff. (131), 360 a 18 (159).
— communi dividundo II 70 ff. (197), I 303 (131), 305 a 6 (132).
— confessoria II 230 ff. (255).
— de certa re I 302 (131).
— de tigno juncto II 96 (208).
— doli I 242 a 4 (104), II 288 (281).
— duplex I 304 (132).
— exercitoria I 275 (118).
— familiae erciscundae I 303 (131), 305 a 6 (132), II 115 (218).
— fiduciae II 256 (263).
— finium regundorum II 150 ff. (229), 115 (218), 294 (283), I 305 (132).
— furti I 300 (130), 310 (135), 336 a 5 (145).
— hypothecaria II 291 (283), I 342 (147), II 258 (263), 272 a 10 (270), 307 (290).
— injuriarum I 310 a 3 (135).
— in rem II 56 (192), I 299 (129).
— in rem expressa causa I 351 a 3 (151).
— institoria I 275 (118).
— judicati I 372 a 7 (161).
— legis Aquiliae I 301 (130), 310 a 3 (135).
— legis Aquiliae utilis I 298 (128).

Digitized by Google

Actio locati I 312 (135).
— momenti; momentariae possessionis II 47 a 14 (188).
— nata I 338 (146).
— negatoria II 233 ff. (256), 78 (199), 159 (232).
— negotiorum gestorum II 139 a 27 (225).
— Pauliana I 282 (120).
— pigneraticia II 291 ff. (283), 288 (281), 258 (263).
— praescriptis verbis auf Erfüllung eines Modus I 267 (115).
— prohibitoria II 233 a 4 (256).
— Publiciana II 63 (194), 145 ff. (228), 108 (215), 110 (216), bei Servituten 231 (255).
— quanti minoris I 342 (147).
— quasi Serviana II 291 (283).
— quod metus causa I 238 (103), 299 (129), 323 (139).
— redhibitoria I 322 a 2 (139), 342 (147).
— sepulcri violati I 314 a 2 (136).
— Serviana II 291 ff. (283), 258 (263).
— simplex, duplex I 304 (132).
— spolii II 49 ff. (189).
— utilis ad rem vindicandam II 135 (225).
— viae rejectae II 151 (229).
— vi bonorum raptorum I 310 a 3 (135).
Actiones arbitrariae I 306 ff. (133).
— bonae fidei I 301 ff. (131).
— civiles I 297 (128).
— contrariae I 297 a 7 (128).
— directae I 297 a 7 (128).
— directae, utiles I 297 (128).
— honorariae I 297 (128).
— in factum, in jus conceptae I 297 a 6 (128).
— in personam, in rem I 299 (129), vgl. I 303 (131).
— perpetuae I 335 ff. (145).
— poenales I 300 (130), 45 (21).
— populares I 301 (130).
— praejudiciales I 308 (134).
— quae rem persequuntur I 300 (130).
— stricti juris I 304 (131).
Actiones temporales I 335 (145).
— vindictam spirantes I 314 (136).
Actus (Servitut) II 191 (242).
Actus legitimi I 246 a 12 (105).
Addictio bonorum I 185 a 9 (81).
— in diem I 261 (112).
Adel, Autonomie I 54 (25).
Adjecta causa I 351 a 3 (151).
Adjudicatio als Bestandtheil der formula I 297 (128).
Adjudikation II 115 ff. (218), 72 (197).
Adjunctio II 95 ff. (208).
Adminicula servitutis II 191 (242).
Administratio cum libera I 278 (119).
Administration s. Sequestration.
Adplumbatio II 98 a 7 (209).
Adquisitivverjährung I 334 ff. (144), vgl. auch Ersitzung.
Aedilicische Klagen, Verjährung I 335 (145), 342 (147).
Aequitas I 286 ff. (124), 73 (34), vgl. 43 (20), 98 (45).
Affectus possessionis II 12 (172).
Affirmative Bedingungen I 247 (106), 255 (110).
Affirmative Servituten II 183 (239).
Aftermiether, gesetzliches Pfandrecht an dessen Illaten II 267 (268).
Afterverpfändung II 312 (292).
Agenten I 276 a 3 (119).
Ager arcifinius I 169 (74).
— limitatus I 169 ff. (74).
— vectigalis II 241 (258).
Aktiengesellschaften I 142 (61).
Alienatio I 189 (83).
Alluvion II 93 (207).
Alter der Rechte I 185 ff. (82).
— der Pfandrechte II 299 (286).
Altersstufen I 118 ff. (53, 54).
Alveus derelictus II 94 (207).
Amalfi I 17 a 3 (9).
Ambitus II 78 (200).
A momento ad momentum I 203 (88).
Analogie I 82 (38).
Anerkennung I 189 (84).
Anfechtbarkeit I 279 ff. (120).
Anführungspflicht im Prozeß I 363 (156).
Angebrachtermaßen, Abweisung I 365 (157).

Digitized by Google

Animus beim Besitzerwerb II 18 (177).
— domini II 11 (172).
— possidendi II 10 ff. (172), 24 (179).
Annus continuus, utilis I 202 ff. (88 ff.).
Anomalien I 71 (33).
Anrechnungstheorie bei der Klagenkonkurrenz I 310 a 3 (135).
Anrüchigkeit I 130 (58).
Anschlußpfändung II 273 (271).
Anschwemmung II 93 (207).
Anspruch I 84 (39), 86 a 9 (39), 296 a 7 (127).
Anstalten als juristische Personen I 134 ff. (59), 143 ff. (62).
Antichrese II 283 (278).
Antinomien I 78 (36), vgl. 80 a 20 (36).
Anwendungssphäre der Rechtsnormen I 92 ff. (43 ff.).
Anzeichnen II 21 (178).
Apprehension II 19 ff. (178).
Aqua aestiva II 193 (243), 237 (257).
Aquaeductus II 193 (243), 237 (257).
Aquaehaustus II 194 (243), 237 (257).
Argumentum a contrario I 76 a 10 (35).
Arrest I 387 ff. (168), A. begründet Pfandrecht II 273 (271).
Auctoris laudatio II 137 (225), 232 (255).
Aufgeben des Besitzes II 34 (182), vgl. 83 a 8 (203).
Aufhebung der Rechte, s. Beendigung.
Auflage (modus) I 266 (115).
Auflassung II 59 a 9 (193), 101 (211).
Auflösende Bedingungen I 248 (106), vgl. II 109 (215).
Aufschiebende Bedingungen I 248 (106), vgl. II 109 (215), Unterschied vom modus I 268 (115).
Ausdrückliche Willenserklärung I 224 (98).
Auseinandersetzung der Miteigenthümer II 72 (197).
Ausgaben des corpus juris civilis I 13 (7).
— des corpus juris canonici I 22 a 1 (12).
Auslegendes Recht I 69 (32).
Auslegung der Gesetze I 72 ff. (34 ff.), vgl. 51 (24).
— der Rechtsgeschäfte I 284 ff. (123).
Aussichtsgerechtigkeit II 196 (244).
Ausübung der Rechte I 88 ff. (41).
Auswerfen (jactus missilium) II 104 (213).
Außerkrafttreten der Rechtsnormen I 50 ff. (23 ff.), 64 (30).
Außerordentliche Ersitzung II 128 ff. (222), 119 (219).
Authenticae I 21 (11).
— Fridericianae I 26 (14).
Authenticum I 21 (11).
Authentische Interpretation I 72 (34) 80 ff. (37).
Autonomie I 54 (25).
Autor I 183 (81).
Avulsio II 93 (207).
Azo I 30 (16).

B.

Bach I 166 a 2 (73).
Balduinus I 32 (16).
Baldus de Ubaldis I 31 (16).
Bartolus de Sassoferrato I 31 (16).
Baseler Festungsstreit I 162 a 1 (71).
Basiliken I 11 (5), 18 (9).
Bauen (inaedificatio) II 95 (208).
Baumaterialien II 96 (208), 17 (176), 245 (259), 310 a 6 (291), I 174 (77).
Baupolizei II 75 (198).
Bauten (Nachbarrecht) II 76 (199), 78 (200).
Bedingte Eigenthumsübertragung I 258 (111).
Bedingte Tradition II 107 ff. (215).
Bedingungen I 244 ff. (105 ff.).
Beendigung des Besitzes II 33 ff. (182 ff.).
— der Dienstbarkeiten II 225 (254).
— des Eigenthumes II 130 (223).
— der Emphyteusis II 249 (260).
— der juristischen Person I 147 ff. (64).
— der Klagerechte I 313 (136).
— des Pfandrechtes II 309 ff. (291 ff.).
— der Rechte I 187 ff. (83).
— der Superficies II 246 (259).
Befristung I 262 ff. (113 ff.), 270 ff. (116), vgl. Unterschied von der Verjährung 335 (144).
Befruchtung eigener Thiere durch fremde II 87 a 2 (205).

Digitized by Google

Beginn und Ende der Persönlichkeit I 109 ff. (50).
Begräbnißstätten I 161 (70).
Begründung der Emphyteusis II 247 (260).
— der juristischen Personen I 145 (163).
— des Pfandrechtes II 261 (265 ff.).
— der Servituten II 217 (251 ff.), vgl. II 192 (242).
— der Superficies II 244 (259).
— der Klage I 364 ff. (157).
Bekräftigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte I 284 a 5 (122).
Belastungen des Eigenthumes II 74 (198).
Beneficium juris (privilegium) I 70 (33).
— cedendarum actionum II 293 (283).
— excussionis personalis II 293 (283).
— excussionis realis II 293 (283).
— Gordianum II 284 (279).
Bergbaurecht II 75 (198).
Berger I 34 (16).
Beschränkungen des Eigenthumes II 74 (198).
Besitz II 1 ff. (169 ff.).
— des Emphyteuta II 247 (260).
— des Nießbrauchers II 275 (247).
— des Pfandgläubigers II 282 (278).
— des Sequesters II 13 (173).
— des Superficiars II 245 (259).
Besitzeinweisung I 386 (167).
Besitzergreifung II 21 (178).
Besitzinterdikte II 7 ff. (171 ff.), 38 (184).
Besitzklagen II 38 ff. (184 ff.).
Besitzübertragung II 30 ff. (181 ff.).
Besitzverlust II 33 ff. (182 ff.).
Besitzwille II 24 (179).
Bestätigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte I 283 a 5 (122).
Betrug I 242 ff. (104), Restitutionsgrund 323 (139).
Beute II 83 a 9 (203).
Bewegliche Sachen I 169 (74).
Bewegungsgründe I 217 (94), 234 (102).
Beweis I 366 (159).
Beweis eines Gewohnheitsrechtes I 60 (28).
Beweispflicht I 363 (156), bei Nebenbestimmungen I 270 (116).
Bienen II 78 a 15 (199).
Biennium luitionis beim Pfandverkauf II 289 (281).
Bildung der Rechtsnormen I 50 ff. (23 ff.)
— des gemeinen Rechtes I 1 (1).
Billigkeit s. aequitas.
Bischofsstühle als juristische Personen I 143 (62).
Bissextum I 205 (89).
Blödsinnigkeit I 125 ff. (56).
Blutsverwandte I 49 (22).
Bodenzins II 243 (259).
Böhmer I 34 (16).
Bologna (Schule von B.) I 9 (4).
Bona = Vermögen I 47 (22).
Bona fides I 286 (124).
— bei der Verjährung I 346 (149).
— beim Besitzerwerb II 60 (199).
— bei der Ersitzung II 119 ff. (220), bei der Ersitzung der Servituten II 224 (252).
Bonae fidei actiones I 301 (131).
— fidei possessio II 16 (175), 60 ff. (194).
Bonitarisches Eigenthum II 57 (193).
Bote I 271 (117), 275 a 4 (119).
Brachylogus juris civilis I 30 a 2 (16).
Brevi manu traditio II 33 (182), 101 (211).
Brinz I 37 (17).
Brissonius I 32 (16).
Brunnemann I 34 (16).
Bürgerliche Ehre I 129 (58).
Bürgschaft, Verhältniß zum Pfandrecht II 252 (261).
Bulgarus I 30 (16).
Byzanz I 17 (9).

C.

Canon bei der Emphyteuse II 248 a 17 (260).
— redintegranda II 48 (189).
Capitis deminutio I 113 ff. (50), 323 (139), II 276 a 5 (273).
Carolina I 27 (14).
Carpzov I 34 (16).
Cascellianum judicum II 41 a 5 (185).
„Casus unus" II 133 a 9 (224).

Digitized by Google

Causa I 218 ff. (95).
— adjecta I 351 a 3 (151).
— detentionis II 31 a 5 (181).
— perpetua bei Servituten II 187 (240).
— possessionis II 25 (179).
— traditionis II 104 (213).
Causae favorabiles I 288 (124).
— piae I 143 (62).
— solvendi, credendi, donandi I 219
Cautio I 385 ff. (167).
— damni infecti II 152 (230 ff.), I 181 (80), 385 (167), II 59 a 10 (193), 235 a 13 (256), 271 (270).
— de non turbando II 232 (255), 235 (256).
— ex operis novi nuntiatione II 163 (233).
— legatorum servandorum causa I 386 (167).
— usufructuaria II 207 (248).
Ceſſion dinglicher Klagen II 134 a 3 (225).
Chikane, Verbot derſelben I 89 (41), II 76 (199).
Chirographariſche Forderungen II 250 (261), Pfandrecht wegen derſelben II 283 (279).
Citirmethode für das corpus juris civilis I 13 ff. (7).
Civiles actiones I 297 (128).
Civilis computatio I 203 ff. (88 ff.).
— possessio II 16 (175).
„Civiliter uti" I 89 (41), II 178 (237).
Civilkomputation I 203 ff. (88 ff.)
Civilrecht und prätoriſches Recht I 42 ff. (20).
Civis I 100 a 1 (46).
Clausula generalis (Reſtitutionsgründe betreffend) I 329 (142).
Clementinae I 23 (12).
Codex constitutionum I 19 ff. (10).
— Egnatianus I 20 a 5 (10).
— Fabrianus I 32 a 9 (16).
— Gregorianus I 11 (5).
— Hermogenianus I 11 (5).
Cognati I 49 (22).
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum I 11 (5).
Collegia I 138 a 8 (60).
Colliſion ſ. Kolliſion.
Commissoria lex II 285 ff. (280), I 216 (93), 260 (112), II 256 (263).
Commixtio II 99 (210).
Communio incidens II 64 a 3 (195).
Compossessio II 4 a 10 (169).
Compromissum I 380 ff. (165 ff.).
Computatio temporis I 203 ff. (88 ff.).
Concilium Tridentinum I 24 (13).
Concordia discordantium canonum I 23 (12).
Concursus actionum I 312 (135).
Condemnatio I 297 (128).
Condicio I 244 ff. (105).
— facti I 245 (105).
— in non faciendo I 248 (106).
— juris I 245 (105).
— in praeteritum, in praesens collatae I 250 (107).
Condictio I 302 ff. (131), 220 (95).
— certi, incerti I 302 a 7, 303, 303 a 8 (131).
— ex canone II 49 (189).
— furtiva I 300 (130), 310 (135).
— indebiti I 253 (109), 360 a 18 (154).
— Iuventiana I 235 a 6 (102).
— negotiorum gestorum II 139 a 27 (225).
— possessionis II 48 (188).
— sine causa bei Stiftungen I 144 a 6 (62).
— triticaria I 302 (131).
— beim Modus I 267 (115).
Condominium II 64 ff. (195 ff.).
Confessio in jure I 190 (84), 226 a 14 (98).
Confusio ſ. Konfuſion.
Consolidatio II 227 (254).
Constitutio cordi I 19 (10).
— δέδωκεν I 16 (9).
— deo auctore I 16 (9).
— haec quae necessario I 19 (10).
— summa reipublicae I 19 (10).
— tanta I 16 (9), 19 (10).
Constitutum possessorium II 31 ff. (181), 101 (211), 257 (263), 260 (264).
Consuetudo revertendi bei Thieren II 131 (223).

Digitized by Google

Consumtion s. Konsumtion.
Continuae servitutes II 183 (239).
Continuum tempus I 207 ff. (90), II 125 a 5 (221).
Contrariae actiones I 297 a 7 (128).
Contravindicatio I 305 a 5 (132).
Corpus beim Besitz II 18 (177).
Corpus ex distantibus, contingentibus I 156 ff. (68).
— juris canonici I 22 ff. (12).
— juris civilis I 12 ff. (6).
Crimen vis I 290 (125).
Cujacius I 32 (16).
Culpa I 196 ff. (86).
Curator ventris I 111 (50).
Custodia II 20 (178).

D.

Datum der Rechte I 185 ff. (82).
Decrete s. Dekrete.
Decretum divi Marci I 290 (125).
— Gratiani I 22 (12).
Defensionalpflicht I 363 (156).
Dejektion II 47 (188).
Dekretalen Gregors IX. I 23 (12).
Dekrete der römischen Kaiser I 52 (24).
Delikte I 180 (79), 182 (80).
Deliktsfähigkeit I 119 (53).
— der Korporationen I 154 a 8 (66).
— Klagen I 300 (130).
Demens s. Wahnsinn.
Demonstratio I 297 (128).
Denuntiatio bei der Verpfändung von Forderungen II 313 (292).
Dereliktion II 130 ff. (223), vgl. 104 a 4 (213).
— der Emphyteusis II 249 (260).
— der Servituten II 225 ff. (254).
— der Superficies II 246 (259).
Derivativer Eigenthumserwerb II 100 ff. (211 ff.), 80 (201).
Derogatorische Kraft jüngerer Gesetze I 65 (30), des Gewohnheitsrechtes I 61 (28).
Detention II 10 ff. (172), 14 (174).
Deterioration bei Emphyteusis II 248 (260).
Dicta Gratiani I 23 (12).
Dienstbarkeiten II 171 (235).
Dies I 262 ff. (113).
Diffamationsklage I 308 a 4 (134).
Digesten I 16 ff. (9).
Digestum novum, vetus I 13 (7).
Dilatorische Einreden I 319 (138), 341 (146).
Diligens pater familias I 198 (86).
Dingliche Klagen I 299 (129).
— Rechte I 47 ff. (22), II 53 ff. (192).
Dinglicher Charakter des Pfandrechtes II 253 ff. (262).
Directae actiones I 297 (128).
Discontinuae servitutes II 183 (239).
Dispositiv-Gesetze I 69 ff. (32).
Dissimulirte Geschäfte I 230 ff. (100).
Distractio pignoris s. Pfandverkauf.
Dolus I 196 ff. (86), 242 (104), causam dans, incidens I 244 a 11 (104), Restitutionsgrund I 323 (139).
Domicilium s. Domizil.
Dominii impetratio II 288 (281).
Dominium II 54 a 5 (192).
— directum, utile II 242 (258).
— dormiens s. ruhendes Eigenthum.
Domizil I 100 ff. (46).
Donellus I 32 (16).
Doppelseitige Klagen I 305 ff. (132).
Dorotheus I 16 a 3 (8).
Dos ist causa favorabilis I 288 (124).
Dotalhypothek II 270 (269), 301 ff. (287).
Dritte, Wirkung des Urtheils für und gegen D. I 379 ff. (164).
Drittschuldner II 313 (292).
Drohung I 239 (103).
Duarenus I 32 (16).
Duplex interpretatio I 77 (36).
Duplik I 318 (137).
Durantis I 31 (16).

E.

„Eadem res“ bei der exceptio rei judicatae I 373 ff. (162).
Ediktalien bei der Todeserklärung I 116 (51).
Edikte I 52 (24).

Digitized by Google

Egnatianus codex I 20 a 5 (10).
Ehebesitz II 52 (191).
Ehemündigkeit I 123 (54).
Ehre I 129 ff. (58).
Eid als Bestärkungsmittel I 283 (121).
Eigenthum II 53 ff. (192 ff.).
Eigenthumsbelastungen } II 74 ff. (198).
Eigenthumsbeschränkungen }
Eigenthumsklage II 132 ff. (224 ff.), vgl. I 299 ff. (129).
Eigenthumsübertragung II 100 ff. (211 ff.), bedingte E. I 257 (111).
Eigenthümerhypothek II 309 ff. (291).
Einkommen I 176 ff. (78).
Einlassungspflicht I 363 (156).
Einrechnung der Ersitzungszeit II 125 (221).
Einrede s. exceptio, Verjährung I 347 (150), Rechtskraft der Entscheidung über eine E. I 377 (163).
Einseitige Rechtsgeschäfte I 215 (92).
Einseitige Verträge I 215 (92).
Einstweilige Verfügungen I 387 (168).
Eintragung des Eigenthums II 59 a 9 (193), 101 (211).
— der Hypotheken II 259 ff. (264).
Einweisung s. missio, Missionen.
Einziehung II 116 (218).
Emancipatio Germanica I 25 (14).
Emblemata Triboniani I 33 a 10 (16).
Embryo I 108 (49), 109 ff. (50).
Emphyteusis II 241 (258), 246 (260).
Emphyteuta, Besitzverhältniß II 13 (173).
— Fruchterwerb II 87 ff. (205).
— Legitimation zur konfessorischen Klage II 230 (255).
— Verpfändungsbefugniß II 262 (266).
Emptio bonorum II 271 a 4 (270).
Ende s. Beendigung.
Endtermin I 265 (114), vgl. 187 a 3 (83).
Entmündigung der Geisteskranken I 125 (56).
— der Verschwender I 127 ff. (57).
Entsagung s. Verzicht.
Entscheidungsgründe, Rechtskraft derselben I 378 (163).
Entschuldbarer Irrthum I 200 ff. (87).
Entstehung der Rechte s. Begründung und Erwerb.
Entstehung der juristischen Personen I 145 ff. (63).
Entwährung beim Pfandverkauf II 289 ff. (282).
Epitome Juliani I 21 (11).
Erbe, Succession in die Ersitzung II 125 (221).
Erbrecht, Begriff und Stellung im System I 48 ff. (22).
Erbschaft, ruhende, I 144 (62).
Erbschaftsklage I 300 (129).
Erbzinsgüter II 246 (260).
Erbzinsvertrag II 242 (258).
Erfüllung der Bedingungen I 255 ff. (110 ff.).
Erfüllungsklagen I 306 (133).
Ergänzende Gesetze I 69 (32).
Erlaß s. Verzicht.
Erlöschende Verjährung I 334 ff. (144 ff.), vgl. I 106 (48), II 226 (254), 246 (259), 249 (260).
Error I 199 ff. (87), 232 ff. (101 ff.).
— in substantia I 236 (102).
Ersatzklagen I 306 (133).
Ersitzung des Eigenthumes II 116 ff. (219 ff.), 81 (201) I 183 (81), 334 (144).
— der Emphyteusis II 247 (260).
— der Freiheit II 229 (254).
— der Pfandfreiheit II 311 (291).
— des Pfandrechts II 261 a 2 (265).
— der Servituten II 221 ff. (252).
— der Superficies II 244 (259).
Erwerb der Rechte I 181 ff. (80).
— des Besitzes II 17 ff. (176 ff.).
— des Eigenthumes II 80 ff. (201 ff.).
— des Pfandrechts II 261 ff. (265 ff.).
Erwerbende Verjährung I 334 (144), vgl. Ersitzung, usucapio.
Erwerbsgrund s. causa.
Essentialia negotii I 216 ff. (93).
Eviktion beim Pfandverkauf II 289 (282), I 80 a 18 (36).
Exceptio, Begriff I 316 (137), 366 (158).
— doli I 242 a 4 (104), 265 a 10 (114), 320 a 11 (138), 349 a 9 (150), 320 (138), II 145 (227).
— doli specialis, generalis I 320 ff. (138).
— dominii II 110 (216), 146 a 7, 148 (228).

Digitized by Google

Exceptio in rem, in personam I 320 (138).
— non adimpleti contractus I 320 (138).
— quod metus causa I 238 (103).
— rei, personae cohaerens I 319 (138).
— rei in judicium deductae I 374 a 3 (162).
— rei judicatae I 373 ff. (162), II 138 (320).
— rei venditae et traditae II 58 (193), 109 ff. (216), 114 a 7 (217).
— S. C. Macedoniani I 320 (138).
— S. C. Vellejani I 317 a 12 (137).
— spolii II 48 ff. (189).
— sub- et obreptionis I 195 (85).
— vitiosae possessionis II 44 a 18 (186).
Exercitor navis I 275 (118).
Exhibition I 311 ff. (135).
Existimatio I 129 (58).
Expressa causa I 351 a 3 (151), 375 (162).
Exstinktivverjährung I 334 (144).
Extensive Interpretation I 76 (35).
Extraordinaria cognitio I 299 (128).
Extravagantes I 24 (12).

F.

Facta concludentia I 225 (98).
Fahrweg II 192 (242).
Familie I 49 (22).
Familienrecht, Stellung im System, I 49 (22).
Faustpfand II 252 (261).
Fehlerhafte Rechtsgeschäfte I 279 ff. (120).
Feldgrundstücke II 182 (239).
Feldservituten II 190 ff. (242), 183 (239), Verpfändbarkeit 316 (293).
Fensterrecht II 196 (244).
Ferruminatio II 98 a 7 (209).
Feststellungsklagen I 308 ff. (134), 281 (120), 295 a 5 (127), negative F. II 134 (224).
Ficta possessio II 137 ff. (225), 232 (255), 292 (283).
Fictio legis Corneliae I 83 a 6 (38).
Fiktionen I 83 (38), 111 (50).
Fides s. bona fides.
Fiducia und Hypothek II 257 (263).
Fiduciarische Geschäfte I 231 (100).
Finder II 14 a 6 (173), 92 ff. (206).
Fischerei II 84 (203).
Fiskus als juristische Person II 143 ff. (62).
— gesetzliches Pfandrecht II 269 (269), 299 (287).
— Pfandprivileg II 300 (288).
— Unersitzbarkeit fiskalischer Sachen II 121 (220).
— Verjährungsprivilegium I 341 (147).
Fließendes Wasser I 160 (69).
Florentia I 17 (9).
Flüsse I 166 ff. (73), II 93 (207).
Flußbett II 93, 94 (207).
Flußinsel II 94 (207).
Forderungsklagen I 299 (129).
Forderungsnießbrauch II 212 (249).
Forderungspfandrecht II 312 ff. (292).
Forderungsrechte I 48 ff. (22).
Form der Rechtsgeschäfte I 221 ff. (97 ff.).
Formalisirung des Pfandrechts II 258 ff. (264).
Formelle Geschäfte I 221 (97).
Formula I 297 (128).
Formularprozeß I 296 ff. (128), Behandlung der exceptiones 316 (137).
Fossilien II 75 a 12 (198).
Fragmenta (leges) I 17 (9).
— Vaticana I 11 (5).
Fragmente, Neapolitaner I 17 (9).
— Pommersfelder I 17 (9).
Frauen I 124 ff. (55).
— Rechtsirrthum I 201 (87).
Frucht, Begriff I 176 ff. (78).
Fruchtertrag beim Miteigenthum II 68 (196), der Pfandsache 277 (273).
Fruchterwerb II 87 ff. (205), 145 (227).
Fructus s. Frucht.
Fund II 14 a 6 (173), 93 (206).
Fundamentum agendi I 353 (152).
Fundata intentio I 8 (4).
Fundi patrimoniales II 241 (258).
Fungibilien I 170 (75).
Furiosus I 125 (56), II 269 (269).
Furtivität II 120 (220), 129 (222).
Furtum II 120 a 9 (220), 108 (215).

Digitized by Google

Furtum possessionis II 280 a 5 (276).
— usus II 282 (278).
Fußsteig II 191 (242).

G.

Gaill I 33 (16).
Gajus I 11 (5).
Gebäudeservituten II 194 ff. (244), 182 (239).
Geburt des Menschen I 109 (50), Thierjunge II 87 a 2 (205).
Geisteskranke I 125 (56), II 269 (269).
Geld als verbrauchbare Sache I 171 (75).
— Erwerb durch Konsumtion II 100 (210).
— Pfandrecht an Geld II 275 (272).
Gemälde II 98 (209).
Genehmigung I 189 (84), 277 (119), 284 (122).
Generalhypotheken II 269 (269).
Generalvollmacht I 278 (119).
Genossenschaften I 142 (61).
Gerichtsgebrauch I 62 (29), 50 (23).
Gesammteigenthum II 69 (196).
Geschäftsirrthum I 232 ff. (101).
Geschlecht I 124 (55).
Gesellschaft I 139 ff. (61).
Gesetzgebung I 51 ff. (24 ff.).
Gesetzliche Pfandrechte II 266 ff. (268 ff.).
Gestohlene, geraubte Sachen II 102 (212), 129 (222).
Gewaltuntergebene I 117 ff. (52).
Gewohnheitsrecht I 55 (26 ff.).
Glossa ordinaria I 9 ff. (4).
Glossatoren I 29 ff. (16).
Gordianum, pignus II 284 (279), 296 a 6 (286).
Gothofredus I 32 a 9 (16).
Grammatische Interpretation I 74 ff. (35).
Gregor IX. I 23 (12).
Grenzscheidung II 78 (200).
Grenzscheidungsklage II 149 (229), I 299 (129).
Großjährigkeit I 123 (54).
Großjährigkeitserklärung I 123 (54).
Grundbuch II 101 (211), 260 (264).
Grundstücke, Theilung derselben I 172 (76).
Gutgläubiger Besitzer II 16 (175), 60 ff. (194), Fruchterwerb 88 (205), Anspruch auf Verwendungen 144 (227).

H.

Habitatio II 215 (250).
Haloander I 33 (16).
Haloandrina lectio I 18 (9), 22 a 5 (11).
Handelsgesellschaft, offene I 142 (61).
Handlungsbevollmächtigte I 276 a 3 (119).
Handlungsfähigkeit I 117 ff. (52 ff.).
Handlungsunfähige I 278 (119).
Hauskinder I 117 ff. (52).
Heerde, Vindikation II 140 a 3 (226), vgl. I 157 a 6 (68).
— Nießbrauch I 203 (247).
Hereditas jacens I 144 (62).
Hereditatio petitio I 303 (131).
Hermaphroditen s. Zwitter.
Herrenlose Sachen II 82 (203).
Historische Schule I 34 (17).
Historische Vereinigung der Antinomien I 79 (36).
Hoheitsrechte als Gegenstand des Besitzes II 52 (191).
Honorariae actiones I 297 (128).
Hugo I 30 (16), 36 (17).
Hyperocha II 290 (282), 297 (285), 302 (288).
Hypothek II 253 (261), 255 ff. (263 ff.), 260 (264).
— des Eigenthümers II 310 (291), 308 (290).
Hypothekarische Klage II 291 ff. (283).
— Succession II 303 ff. (289).
Hypothekenbücher II 259 (264).

I.

Identität des Streitobjektes I 375 (162).
Ihering I 37 (17).
Illaten des Miethers und Pächters, gesetzliches Pfandrecht II 267 (268).
Immemorialpräskription I 369 (160).
Immissionen II 76 (199), 196 (244).

Digitized by Google

Immissium (Servitut), II 196 (244).
Immobilien I 168 (74).
Impensae II 143 ff. (227), 211 (248), 293 (283).
Impetratio dominii II 288 (281).
Impuberes I 119 (53).
Inaedificatio II 95 (208).
Incident ſ. Inzident.
Incola I 100 a 1 (46).
In complexu, Reception des römiſchen Rechtes I 8 (4).
Indefensus I 296 (128).
Individualiſirung der Streitſache I 350 ff. (151).
Individualſachen I 171 (75).
In factum actiones I 297 a 6 (128).
Infamie I 129 ff. (58).
Infantes I 119 (53), 122 (54).
Infortiatum I 13 (7).
In fraudem legis I 68 (31).
In integrum restitutio I 322 ff. (139 ff.).
In jure cessio I 220 (95), 222 (97), II 58 (193), 101 a 3 (211), 221 (251), 255 (263).
In jus concepta actiones I 297 a 6 (128).
Inkorporation, Eigenthumserwerb II 95 ff. (208, 209).
Inſel II 94 (207).
Inſtitutionen I 15 ff. (8).
Instrumentum pacis Osnabrucensis I 27 (14).
Intentio I 297 (128).
Interceſſion der Frauen I 125 (55).
— durch Pfandbeſtellung II 263 (266).
Interdicta apiscendae possessionis II 39 (184).
— exhibitoria I 298 (128).
— popularia I 301 (130).
— prohibitoria I 298 (128).
— recuperandae possessionis II 38 (184).
— restitutoria I 298 (128).
— retinendae possessionis II 40 (185), 38 (184), I 305 (132).
Interdictum de aqua cottidiana et aestiva II 237 (257).
— de clandestina possessione II 48 a 17 (188).
— de itinere actuque privato II 237 (257).
Interdictum de migrando II 268 (268).
— demolitorium II 164 (233).
— de precario II 38 a 2 (184).
— de superficiebus II 240 (258).
— de vi II 48 (188).
— quod legatorum II 39 (184).
— quod vi aut clam II 165 (234), 238 (257).
— quorum bonorum II 39 (184).
— Salvianum II 39 (184), 294 (284).
— unde vi II 38 (184).
— unde vi utile II 236 (257).
— uti possidetis II 38 (184), 40 ff. (185 ff.), 168 a 20 (234).
— uti possidetis utile II 236 (257).
— utrubi II 41 (185).
Interdikte, Interdiktenverfahren I 298 (128).
Interdiktion I 128 ff. (57).
Internationales Privatrecht I 97 ff. (45).
Interpolationen I 78 (36).
Interpretation der Geſetze I 72 ff. (34 ff.).
— der Rechtsgeſchäfte I 284 ff. (123).
Inteſtabilität I 130 (58).
Invecta et illata ſ. Illaten.
Inventariſirung beim Nießbrauch II 211 (248).
Inzidentfeſtſtellungsklage I 309 (134), 377 (163).
Inzident-Rechtsverhältniß, Rechtskraft der Entſcheidung hierüber I 376 ff. (163).
Irnerius 30 ff. (16).
Irreguläre, pignus II 275 (272).
Irreguläre Perſonalſervituten II 217 (250).
Irrthum I 199 ff. (87 ff.), 232 ff. (101 ff.), Reſtitutionsgrund I 323 (139).
Iter II 191 (242).

J (j).

Jacobus I 30 (16).
Jactus missilium ſ. Auswerfen.
Jagd als Frucht des Grundſtückes I 177 (78), II 84 (203).
Jason Mainus I 31 (16).
Judex I 296 (128).
Judicium I 297 (128).
— Cascellianum II 41 a 5 (185).

Digitized by Google

Judicium rescindens, rescissorium I 331 (143).
— secutorium II 41 a 5 (185).
Jüngster Reichsabschied I 27 (14).
Junge von Thieren II 87 a 2 (205).
Jura in re II 54 (192).
— quaesita I 94 a 8 (43).
— singulorem I 151 (65).
Juramentum in litem I 307 (133), II 133 (224).
Juratorische Kaution II 208 (248).
Juristenrecht I 62 (29).
Juristische Personen I 107 (49), 139 ff. (59 ff.).
Juristischer Besitz II 10 ff. (172 ff.), 17 ff. (176 ff.).
Jus aedificandi II 167 a 7 (234).
— aequum I 73 (34).
— civile I 42 ff. (20).
— commune I 70 (33).
— distrahendi II 284 ff. (280).
— exigendi II 313 (293).
— gentium I 44 (20).
— honorarium I 43 (20).
— naturale I 44 (20).
— offerendi et succedendi II 305 (289), 302 (288).
— pecoris ad aquam appulsus II 194 (243).
— possessionis II 3 (169).
— possidendi II 3 (169).
— prohibendi II 167 a 7 (234), 183 (239).
— quaesitum I 94 a 8 (43).
— reformandi I 151 (65).
— scriptum I 51 (23).
— singulare I 70 ff. (33 ff.)
— strictum I 73 (34).
— tollendi II 145 (227).
Justa causa traditionis II 104 (213).
Justa possessio II 16 (175).
Justus titulus bei der Ersitzung II 122 (220).
Juventiana condictio I 235 a 6 (102).

K.

Kanonisches Recht I 22 ff. (12).
Kasuelle Bedingungen I 247 (106).
Kauf auf Probe I 252 (108).
Kautionen I 385 (167).
Kautionspflicht des Nießbrauchers II 207 (248).
Kindheit I 119 (53).
Kirche, gesetzliches Pfandrecht II 269 (269).
— Verjährungsprivilegium I 341 (147).
Kirchen, juristische Personen I 143 (62), 138 (60), Unersitzbarkeit der Immobilien der K. II 121 (220).
Kirchenämter als Gegenstand des Besitzes II 52 (191).
Klage I 294 ff. (127).
— Erfordernisse nach der CPO. I 352 (152).
— Vortrag und Inhalt I 364 ff. (157).
Klageerhebung I 355 ff. (153).
Klagegrund, Begriff I 352 ff. (152).
Klagenkonkurrenz I 309 (135).
Klagenverjährung I 333 ff. (144 ff.), II 312 (291).
Klagerechte I 294 ff. (127 ff.).
Klaglose Forderungen II 278 (274).
Klassifikation der Privatrechte I 46 ff. (22).
Kodicillarklausel I 287 a 6 (124).
Kodifikation I 12 a 2 (6), Charakter der justinianischen K. 12 (6).
Körperliche Sachen I 154 (67).
Kollision der Rechte I 90 ff. (42), örtliche Statutenkollision 97 ff. (45 ff.), zeitliche 185 (82).
Kollusion der Prozeßparteien II 151 (229).
Kommentatoren I 32 (16).
Kommissionär I 276 ff. (119).
Kommixtion II 99 (210).
Kommorienten I 112 (50).
Kommunale Verbände I 137 (60).
Kompensationseinrede I 349 (150).
Kompilatoren I 12 (6).
Kompromiß I 380 ff. (165 ff.).
Kondiktionen I 301 (131).
Konfirmatorische Thatsachen I 186 (82).
Konfiskation II 116 (218).
Konfusion, Eigenthumserwerb durch K. II 99 (210).
— Beendigung der Servituten durch K. II 227 (254).
Konkludente Handlungen I 224 (98).

Digitized by Google

Konkurrenz der Klagen I 309 ff. (135).
Konkurs I 255 (109), 345 (148), II 302 (288), 314 (292).
Konnoſſement II 22 (178).
Konſolidation II 227 (254), 249 a 26 (260).
Konſtitutive Uebertragung I 184 (81).
Konſtitutiver und tranſlativer Erwerb I 184 (81).
Konſumptibilien I 171 (75).
Konſumtion des Klageanſpruches I 373 (162).
Konſumtionstheorie bei der Klagenkonkurrenz I 310 a 3 (135).
Konvalescenz fehlerhafter Geſchäfte I 283 (121).
Konverſion der Rechtsgeſchäfte I 287 (124).
Körperliche Sachen I 154 (67).
Korporationen I 134 ff. (59 ff.), 137 (60).
Korrektoriſche Geſetze I 65 (30).
Kreiſe I 138 (60).
Kumulationstheorie bei der Klagenkonkurrenz I 310 a 3 (135).
Kupferſtiche II 98 (209).
Kuratel über Abweſende I 115 (119).
Kuratoren I 120 (53).

L.

Läſion I 324 ff. (139, 140).
Läſtige Rechtsgeſchäfte I 215 (92).
Laudatio auctoris II 137 (225), 232 (255), 137 a 15 (225).
Lauterbach I 34 (16).
Lebensfähigkeit I 109 (50).
Lebenspräſumtion I 114 (51).
Lectio Florentina I 17 (9).
— Haloandrina I 18 (9).
— vulgata I 17 (9).
Legalhypotheken II 299 ff. (287 ff.).
Legalſervituten II 80 (200).
Leges = fragmenta I 17 (9).
Leges perfectae, minus quam perfectae, imperfectae I 67 (31).
Leges restitutae I 19 a 1 (10).
Legis actio per condictionem I 301 (131).
Legis actiones I 296 (128).
Legitimatio ad causam I 353 (152).
Leichnam I 159 (69).
Leinpfad II 75 (198).
Letztwillige Verfügungen, Interpretation, I 285 (123), 288 (124).
Lex I 52 (24).
— Aquilia I 83 a 4 (38), ſ. auch actio leg. Aquil.
— Atinia II 117 (219).
— Calpurnia I 301 a 2 (131).
— commissoria II 285 (280), I 217 (93), 260 (112), II 256 (263), vgl. I 68 (31).
— Cornelia I 83 a 6 (38).
— Cornelia de falsis I 300 a 2 (130).
— fugitiva I 80 a 20 (36).
— Furia I 335 a 2 (145).
— Julia de adulteriis I 300 a 2 (130).
— Plaetoria I 120 (53), 243 a 3 (104).
— Plautia II 117 (219), 121 a 14 (220).
— Scribonia II 117 (219).
— Silia I 301 a 2 (131).
Leyser I 34 (16).
Liber regularum (Ulpian) I 11 (5).
— sextus decretalium I 23 (12).
Literatur des Pandektenrechtes I 29 ff. (16 ff.).
Litigioſität I 361 (155).
Litisäſtimation II 133 (224).
Litisdenunziation II 137 (225), vgl. I 345 (148).
Litiskonteſtation I 355 (153), vgl. 344 (148), 373 ff. (162).
Litispendenz I 355 ff. (164), vgl. 346 (148).
— Verjährung der L. I 346 (148).
Longa possessio II 222 (252).
Longi temporis praescriptio II 118 (219), 311 (291).
Longissimi temporis praescriptio II 128 (222).
Löſchungsſyſtem bei der Subhaſtation II 294 (283).
Lucida intervalla I 127 (56).
Lucra nuptialia, geſetzliches Pfandrecht wegen derſelben II 269 (269).
Lukrative Geſchäfte I 215 (92).

Digitized by Google

M.

Mängel der Willenserklärungen I 227 ff. (99 ff.).
Magister navis I 275 (118).
Mahnverfahren I 304 (131).
Majorennität s. Großjährigkeit.
Mala fides superveniens II 147 a 10 (228).
Malae fidei possessio II 16 (175).
Mancipatio I 220 (95), 222 (97), II 58 (193), 101 a 3 (211), 220 (251).
Mandata des römischen Kaisers I 52 (24).
Martinus I 30 (16), 283 (121).
Mauer, gemeinschaftliche II 72 a 17 (197).
Meer I 160 (69).
Mentalreservation I 229 (99).
Metus I 238 ff. (103), 323 (139).
Mevius I 34 (16).
Milde Stiftungen I 143 (62), II 121 (220), vgl. Stiftungen.
Militärtestament I 71 a 3 (33).
Minderjährige, gesetzliches Pfandrecht derselben II 269 (269).
Minderjährigkeit I 120 ff. (53), 284 (121), Restitution wegen derselben I 328 (139), 325 ff. (141), 331 (143), 331 a 4 (143), läßt die Verjährung ruhen 343 u. a 9 (147).
Mißgeburt I 110 (50).
Missio Antoniniana II 271 a 5 (270).
— ex primo, ex secundo decreto II 156 (231).
— in possessionem I 386 (167).
— legatorum versand. causa II 271 (270).
— rei servandae causa II 271 (270).
— ventris nomine II 271 (270).
Missionen I 385 ff. (167), II 271 a 3 (270).
Mitbesitz II 4 a 10 (169).
Miteigenthum II 64 ff. (195 ff.).
Mittelbare Stellvertretung I 272 (117).
Mobiliarhypothek II 253 (261), I 169 a 8 (74).
Mobilien I 168 ff. (74).
Modus (Auflage) I 266 ff. (115).
Modus adquirendi II 105 a 8 (213), 107 (214).
Monstrum s. Mißgeburt.
Moralische Person s. juristische Person.
Motive s. Beweggrund.
Moventien I 170 (74).
Mündel, gesetzliches Pfandrecht derselben II 269 (269).
Mündigkeit I 119 ff. (53).
Mündlichkeit des Prozesses I 362 (156).
Mutua petitio I 304 (132).
Mynsinger I 33 (16).
Mystische Person s. juristische Person.

N.

Nachbarrecht II 76 (199 ff.).
Nachgiebiges Recht I 69 (32).
Namen I 49 (22).
Nasciturus I 111 (50).
Nativität der Klagen I 338 ff. (146), II 128 (222).
„Natur der Sache" I 84 (38).
Naturalia negotii I 216 ff. (93).
— obligatio I 348 (150), II 278 (274), 307 (290).
— possessio II 15 ff. (175).
— ratio I 44 (20).
Naturalkomputation I 203 (88).
Natürliche Personen I 109 ff. (50 ff.).
Naturrechtliche Schule I 34 ff. (17).
Neapolitaner Fragmente I 17 (9).
Nebenbestimmungen I 269 ff. (116), vgl. Bedingungen, Zeitbestimmungen, Modus.
Negation der Klage I 366 (158).
Negative Bedingungen I 247 (106).
— Feststellungsklage I 295 a 5 (127), 309 a 5 (134).
— Litiskontestation s. Negation der Klage.
— Potestativbedingungen I 248 (106).
— Servituten II 183 (239), vgl. 238 u. a 21 (257).
Negotiorum gestio II 211 (248).
— gestor I 192 (84), II 93 (206).
Neidbau I 89 (41).
Nichtgebrauch II 228 (254).
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte I 279 ff. (120).
Nichtigkeitsklage I 281 (120).
Nichtzwingende Gesetze I 69 (32).

Digitized by Google

Nießbrauch II 199 ff. (246), 226 (254).
Nießbraucher, Besitzverhältniß II 51 (190), Fruchterwerb II 87 (205).
— Verpfändungsbefugniß II 317 (293).
Nominatio auctoris II 137 (225), 232 (255).
Nominis pignus II 312 ff. (292).
Non usus II 228 (254).
Notariatsordnung I 26 (14).
Nothstand I 289 (125).
Nothweg II 79 (200), 225 (253).
Nothwendige Bedingungen I 249 (107).
Novellen Justinians I 20 ff. (11).
Novellengesetzgebung I 12 a 2 (6).
Nuda proprietas II 55 (192).
— repromissio I 386 (167).
Nudum jus II 112 (216).
Nudum jus Quiritium II 59 (193).
Nutzungsrecht II 55 (192).

O.

Obereigenthum II 242 (258).
Obligationenrecht, Begriff und Stellung im System I 48 ff. (22).
Observanz I 59 (27).
Occasio legis I 75 (35).
Oeffentliche Flüsse I 166 (73).
— Sachen I 163 (71).
— Wege I 164 (72).
Oeffentlicher Glaube der Grund- und Hypothekenbücher II 260 (264).
Oeffentliches Recht I 44 (21).
Okkupation II 82 ff. (203).
Oneröse Rechtsgeschäfte I 215 (92).
Operae servorum II 216 (250).
Operis novi nuntiatio II 101 ff. (233).
Originäre Succession I 183 (81).
Originärer Eigenthumserwerb II 80 (201).
Ortsrecht der belegenen Sache I 103 ff. (47).

P.

„Pactiones et stipulationes" II 220 (251).
Pactum antichreticum II 282 (278).
— de ingrediendo II 295 (284).
Pactum de vendendo II 256 (263).
— de vendendo pignore II 284 (280).
— displicentiae I 260 a 4 (112), II 58 a 5 (193).
— fiduciae II 256 (263).
— „intuitu fundi initum" II 173 a 2 (236).
— reservati dominii II 58 a 5 (193), 109 (215).
Pächter, Besitzverhältniß II 36 (183), erwirbt die Früchte mit der Perception II 88 (205).
Pandekten I 16 ff. (9).
Papiniansmasse I 13 a 3 (6).
Partes pro indiviso I 173 (76).
Partus ancillae I 177 a 9 (78).
Patronate als Gegenstand des Besitzes II 52 (191).
Pauli sententiae I 11 (5).
Pensio II 248 a 17 (260).
Perception der Früchte I 179 (78), II 88 (205).
Peremptorische Einreden I 341 (146), 318 (138).
Perklusionsrecht des Vermiethers II 267 (268).
Perpetua causa bei Servituten II 187 (240).
Perplexe Bedingungen I 251 (107).
Persönliche Klagen I 299 (129).
Person I 109 ff. (50).
— juristische, I 134 ff. (59 ff.).
„Persona" I 107 a 1 (49).
Personalprincip I 99 (45).
Personalservituten II 198 ff. (245), 172 (235), Endigung durch Nichtgebrauch 228 (254), irreguläre 217 (250).
Personalstatuten I 100 ff. (46).
Personengesammtheiten I 137 (60).
Personenrecht I 49 (22).
Personenrechte I 49 a 7 (22).
Pertinenzen I 173 ff. (77).
Petitorium und possessorium II 38 (184).
Pfändungspfandrecht II 272 (271).
Pfändungsrecht II 272 ff. (271), 273 a 7 (271).
Pfandgläubiger juristischer Besitzer II 13 (173), Legitimation zur konfessorischen Klage 231 (255).

Digitized by Google

Pfandkonvention II 261 ff. (266 ff.).
Pfandprivilegien II 299 ff. (287).
Pfandrecht II 250 ff. (261 ff.).
— richterliches II 270 (270).
— an eigener Sache II 311 (291), 316 (292).
Pfandseparatisten II 301 a 12 (287).
Pfandverbringung II 268 a 12 u. 14 (268).
Pfandverkauf II 284 ff. (280 ff.).
Piae causae I 143 (62).
Pignoris causa II 104 (213).
Pignus II 250 (261), 255 (263), 284 (280).
— conventionale II 261 ff. (266 ff.).
— ex causa judicati captum II 270 (270), 272 (271).
— generale II 269 (269).
— Gordianum II 284 (279), 299 a 6 (286).
— irregulare II 275 (272).
— nominis II 312 (292).
— pignoris II 316 (292).
— praetorium II 270 (270).
— privilegiatum II 299 ff. (287).
— publicum, quasipublicum II 259 (264).
— tacitum II 261 (265), 266 ff. (268 ff.).
Pisana (Florentina) I 17 (9).
Pistoris I 34 (16).
Platzrecht II 243 ff. (259).
Plebiscita I 52 (24).
Plurium dominium in solidum II 64 (195).
Pönalklagen I 300 (130).
Polizeiordnungen I 26 (14).
Pommersfelder Fragmente I 17 (9).
Popularklagen I 300 (130).
Possessio II 1 ff. (169 ff.).
— bonae fidei II 16 (175).
— civilis II 15 (175).
— ficta II 137 ff. (225), 232 (255), 292 (283).
— justa, injusta II 15 (175).
— naturalis II 16 (175).
— plurium in solidum II 4 (169).
Possessiones (ager publicus) II 8 (171).
Possessorium ordinarium II 38 (184), 42 (186), 236 (257).
— summariissimum II 38 (184), 45 (187).
Postglossatoren I 31 ff. (16), 35 (17).
Potestativbedingungen I 247 (106), 267 (115).
Prädialservituten II 179 ff. (238 ff.), 171 (235), 226 (254).
Praedium dominans II 180 a 6 (238).
— rusticum II 181 (238).
— serviens II 180 a 6 (238).
— urbanum II 181 (238).
Präjudicialklagen I 300 (129).
Präparatorische Klagen II 311 (135).
Praescriptio I 334 ff. (144).
— definita I 335 (144).
— immemorialis I 369 (160).
— indefinita I 335 (144).
Präsumtionen I 368 (159), vgl. 114 (51).
Prätorisches Recht I 42 ff. (20).
— Pfandrecht II 271 ff. (270).
Prävention I 91 (42).
Prekarist, Besitzverhältniß II 12 (173).
Priorität I 91 (42).
— der Pfandrechte II 299 ff. (287 ff.).
Privatflüsse I 168 (73).
Privation bei der Emphyteuse II 248 (260).
Privatpfändung II 273 a 9 (271).
Privilegien I 70 ff. (33), 192 (85).
Privilegirte Pfandrechte II 299 ff. (287).
Privilegium exigendi I 91 (42).
Probatio diabolica II 141 a 7 (226).
Procuratores I 278 a 13 (119).
Prodigalitätserklärung I 127 ff. (57).
Projectum (Servitut) II 195 (244).
Prokuratoren I 278 a 13 (119).
Prokuristen I 276 a 3, 277 a 7 (119).
Proprietas II 55 ff. (192).
Protestation I 225 (98).
Provinzen I 138 (60).
Provinzielles Eigenthum II 59 (193).
Provocatio ex lege diffamari, — si contendat I 308 a 4 (134).
Prozeß, Einwirkungen desselben auf das eingeklagte Recht I 355 ff. (153 ff.).
Prozeßualische Konsumtion I 373 ff. (162).
Prozeßvollmacht I 246 a 13 (105).
Pubertät I 119 ff. (53 ff.).
Publiciana actio II 145 ff. (228).
Publicianischer Besitzer II 63 ff. (194).
Publicianische Legitimation zur konfessorischen Klage II 231 (255).

Digitized by Google

Publicianische Berechtigte als Verpfänder II 262 (266).
Publicität des Grundeigenthumes II 101 (211).
Publicus usus I 163 a 5 (71).
Publikanensocietäten I 138 a 8 (60).
Publikation der Gesetze I 54 (25).
Puchta I 36 (17).
Putativehe II 52 bei a 1 (191).
Putativtitel II 63 (194), 123 (220), 146 (228).

Q.

Quantitätssachen I 170 (75).
Quasidelikt I 182 (80).
Quasikontrakt I 182 (80).
Quasipossessio II 239 (257).
Quasitradition bei Servituten II 221 (251).
Quasiusufrukt II 213 ff. (249).
Querela inofficiosi testamenti I 314 a 7 (136), 320 a 12 (138), 336 (145).
Quinquaginta decisiones I 19 (20).
Quiritarisches Eigenthum II 57 (193).

R.

Rangordnung der Pfandrechte II 299 ff. (287), 264 (267).
Ratihabition I 191 (84), 277 (119), 284 (122).
Ratio legis I 84 (38).
Realkredit II 250 (261).
Reallasten II 175 (236), 52 (191), I 191 a 6 (84).
Realservituten II 171 (235), 179 ff. (238 ff.).
Reception des römischen Rechtes I 4 ff. (3).
— des kanonischen Rechtes I 24 ff. (13).
Receptum I 381 (165).
Recht s. jus.
— am Rechte II 213 a 8 (249), 316 (293).
— im objektiven Sinne I 41 ff. (19 ff.).
— im subjektiven Sinne I 84 ff. (39 ff.).
Rechtsbedingung I 249 (107).
Rechtsbesitz II 51 ff. (190 ff.).
Rechtsbildung (rechtsbildende Faktoren) I 50 (23).
Rechtserwerb I 181 ff. (80).
Rechtsfähigkeit I 107 ff. (49).
Rechtsgeschäfte I 209 ff. (91), fehlerhafte 279 ff. (120).
Rechtsgewohnheiten I 51 (23).
Rechtshängigkeit I 350 (151).
Rechtshülfe I 291 ff. (126).
Rechtsinstitut I 87 ff. (40).
Rechtsirrthum I 200 ff. (87).
Rechtskraft des Urtheils I 371 ff. (161), der Entscheidungsgründe 378 (163).
Rechtsnachfolge s. Succession.
Rechtsobjekt I 154 ff. (67 ff.).
Rechtsquellen I 4 ff. (2 ff.).
Rechtsschutz I 288 ff. (125).
Rechtsstreit I 294 ff. (127 ff.).
Rechtssubjekt I 107 ff. (49 ff.).
Rechtsverhältniß I 87 ff. (40).
Redintegranda, canon II 48 (189).
Redlichkeit des Besitzes II 16 (175).
Regenwasser II 157 (232).
Reichsabschied I 26 (14).
Reichsgesetzgebung I 25 ff. (14 ff.).
Reichspolizeiordnung I 26 (14).
Rei vindicatio I 300 (130), 305 a 5 (132), II 132 (224).
Rekuperatorische Besitzklagen II 46 ff. (188 ff.).
Relative Nichtigkeit I 281 (120).
Religiöses Bekenntniß I 133 (58).
Remission der operis novi nuntiatio II 163 (233).
Renuntiatio I 188 (83).
Reparaturpflicht bei Servituten II 175 (236).
Replik I 318 (137).
Repräsentation der juristischen Personen I 151 ff. (66).
Repromissio I 386 (167).
Res communis omnium I 160 ff. (69).
— corporalis I 154 (67).
— divini juris I 161 ff. (70).
— extra commercium I 159 ff. (69).
— furtiva II 102 (212), 120 (220), 129 (222).
— incorporalis I 154 (67).
— in judicium deducta I 373 (162).
— judicata I 373 ff. (162).

Digitized by Google

Res litigiosa I 360 (155).
— mancipii, nec mancipii I 155 (67), II 56 (192), 58 (193), 101 a 3 (211), 220 (251).
— merae facultatis I 334 a 3 (144).
— publica I 163 (71).
— religiosa I 161 (70).
— sacra I 161 (70).
— sancta I 161 (70).
Reſervation I 225 (98).
Reservatio mentalis I 229 (99).
Reſolutivbedingungen I 248 (106), 259 ff. (112).
Reſolutivklauſel I 248 (106).
Responsa prudentium I 52 (24).
Restitutio in integrum I 322 ff. (139), 282 (120).
Reſtriktive Interpretation I 73 ff. (35).
Retentionsrecht I 321 (138), II 143 ff. (227), 266 (268).
Retrotraktion I 186 (82), der Bedingungen 257 (111).
Richterliches Pfandrecht II 270 ff. (270 ff.).
Rückwirkende Kraft der Geſetze I 92 ff. (43).
Rückziehung der Bedingung I 257 ff. (111).
Ruhen des Eigenthumes II 55 a 13 (192), 96 a 3 (208).
— der Erſitzung II 127 (221).
— der Verjährung I 341 ff. (147).
Ruhende Erbſchaft als juriſtiſche Perſon I 144 (62).
Ruta caesa I 174 (77).

S.

Sabinusmaſſe I 13 a 3 (6).
Sachbeſitz II 3 (169).
Sache, Begriff I 154 ff. (67 ff.).
Sachen, unerſitzbare II 120 ff. (220), 129 (222).
— geſtohlene, geraubte II 102 (212), 120 (220), 129 (222).
Sachenrecht, Begriff und Stellung im Syſtem I 47 ff., 50 (22).
Sachenrechte II 53 ff. (192), 1 ff. (169 ff.).
Sachgeſammtheit I 157 ff. (68), Verpfändung II 274 (272).
Sachſenſpiegel I 33 (16).
Salvianum interdictum II 39 (184).
Sassoferrato ſ. Bartolus.
Satisdatio I 386 (167), vgl. II 208 (248).
Savigny I 36 (17).
Schätzungseid I 307 (133), II 133 (224).
Schalttag I 205 (89).
Schatz I 177 a 7 (78), II 91 ff. (206).
Schein I 230 (100).
Scheinbedingungen I 249 (107).
Scherz I 229 (99).
Schiedsrichter I 380 ff. (165), 344 (148).
Schiedsrichterliches Verfahren nach der C.P.O. I 382 (166), 344 (148).
Schutz des Beſitzes II 4 ff. (170).
Schutz der Rechte I 288 ff. (125 ff.).
Secutorium judicium II 41 a 5 (185).
Seen I 166 (73).
Selbſthülfe I 288 ff. (125), II 48 a 16 (188).
Seminarien I 143 (62).
Senatusconsultum I 52 (24).
— Pegasianum I 238 a 3 (103).
— Vellejanum I 124 (55).
Separation der Früchte I 178 (78).
Separatiſten II 301 a 14 (287).
Sequeſter, Beſitzverhältniß II 13 (173).
Sequeſtration II 388 (168), 272 (270), 280 (276), 294 (283).
Serviana actio II 291 (283).
Servitus II 170 ff. (235), 316 (293), 54 (192).
— affirmativa II 183 (239).
— altius non tollendi II 177 (237), 197 (244).
— altius tollendi II 197 (244).
— aquaeductus II 193 (243).
— aquaehaustus II 193 (243).
— continua, discontinua II 183 (239), vgl. II 224 a 10 (252).
— fluminis II 196 (244).
— luminibus officiendi II 198 (244).
— negativa II 183 (239), vgl. 238 u. a 21 (257).
— ne luminibus officiatur II 196 (244).
— ne prospectui officiatur II 197 (244).
— oneris ferendi II 162 a 11 (233), 173 (236).

Digitized by Google

Servitus stillicidii II 196 (244).
— stillicidii non avertendi II 197 (244).
— tigni immittendi II 195 (244).
Servituten II 170 ff. (235 ff.).
Servitutenbesitz II 51 ff. (190).
Servitutenersitzung II 221 ff. (252).
Servitutenklage I 300 (129).
Servitutenverpfändung II 316 (293).
Sicherheitsleistung bei schwebender Bedingung I 255 (109), 257 (111), 259 (112).
Sicherung von Ansprüchen I 385 (167), s. cautio missio.
Simulation I 230 (100).
Singuläres Recht I 70 (33).
Singularsuccession I 184 (81).
Socius litis I 362 (155).
Solarium II 243 (259).
Soldaten, Sonderrecht I 71 a 3 (33), II 135 (225).
Sondernachfolge I 184 (81).
Sonderrechte I 70 (33).
Sondervermögen I 158 (68).
Spezialvollmacht I 278 (119).
Spezifikation II 84 ff. (204).
Spolieneinrede II 48 ff. (189).
Spolienklage II 38 (184), 49 (189), 53 (191).
Sponsiones I 302 (131).
Stadtgemeinden, Privilegien II 122 a 21 (220), 269 (269).
Standesregister I 113 (50).
Ständige Servituten II 183 (239).
Stationes fisci I 137 (60).
Status mutatio I 324 (139).
Stututa personalia, realia, mixta I 99 (45).
Statutenkollision I 98 (45).
Stellionat I 242 a 1 (104), II 259 (264).
Stellvertretung I 271 ff. (117 ff.), im Besitzverhältniß II 28 ff. (180), 37 (183).
Stiftungen als juristische Personen I 134 ff. (59), 143 ff. (62), Verjährungsprivileg 341 (147).
Stillicidium II 196 (244).
Stillschweigen I 224 (98).
Stillschweigende Hypotheken II 261 (265), 266 ff. (268 ff.).
Stipulationes praetoriae I 386 (167).
Strafklagen I 300 (130), 314 (136).
Streitsache und ihre Verhandlung I 350 ff. (151 ff.), Veräußerung der St. 360 (155).
Streitverkündigung II 137 (225), vgl. I 345 (48).
Stricti juris actiones I 304 (131).
Stryk I 34 (16), vgl. 9 a 6 (4), 10 a 10 (4).
Subhastation, nothwendige, II 294 (283), 289 ff. (282), theilungshalber 73 a 21 (197).
Subjektives Recht I 84 (39).
Subpignus II 316 (292).
Subsidiarität des gemeinen Rechtes I 7 ff. (4).
Substanziirung der Klage I 364 (157).
Succession I 183 ff. (81), in der Ersitzung II 125 (221).
— hypothekarische II 303 (289).
Successive Konkurrenz der Klagen I 311 a 4 (135).
Summariissimum II 38 (184), 45 (187).
Superficiar, Besitzverhältniß II 13 (173).
— Legitimation zur konfessorischen Klage II 231 (255).
— Verpfändungsbefugniß II 262 (266).
Superficies II 239 ff. (258), 243 ff. (259).
Suspensivbedingungen I 248 (106), 253 ff. (109).
Symbolische Tradition II 24 (78).
Syndikatsklage I 292 a 3 (126).

T.

Tempus continuum I 207 ff. (90).
— hostilitatis I 343 (147).
— utile I 207 ff. (90).
Tenor I 377 (163).
Testament I 214 (92).
Thatsachen, juristische I 179 ff. (79).
Theilbarkeit I 172 (76).
Theilrechte I 173 (76).
Theilungsklage II 70 ff. (197), 115 (218), I 299 (129).
Theilungsverbote I 173 (76).
Theophilus I 16 a 3 (8).
Thesaurus II 91 ff. (206).

Digitized by Google

Thierjunge II 87 a 2 (205), I 177 (78).
Thomasius I 36 (17).
Titel, Begriff I 181 (79), beim Besitz II 62 (194), bei der Ersitzung 122 (220).
Titulus und modus adquirendi II 105 a 8 (213), 107 (214).
Titulus putativus s. Putativtitel.
Tod I 214 (92).
Todeserklärung I 114 ff. (51).
Traditio brevi manu II 33 (181), 101 (211).
Tradition II 21 (178), 101 ff. (211), 106 ff. (214), bedingte 107 ff. (215).
Translativer Erwerb I 184 (81).
Trennung der Frucht I 178 (78).
Tribonianus I 16 ff. (9).
Tridentinum I 24 (12), 24 (13).
Triftgerechtigkeit II 171 (235).
Trunkenheit I 228 (99).
Turpitudo I 130 ff. (58).

U.

Uebereignungswille II 103 ff. (213).
Ueberfall und Ueberhang II 78 (200).
Uebertragung, translative, konstitutive I 184 (81).
Uferrecht II 93 ff. (207).
Ulpiani fragmenta I 11 (5).
Uneigentliche Bedingungen I 249 (107).
Uneigentlicher Nießbrauch II 211 (249).
Unerlaubte Bedingungen I 250 (107).
Unersitzbare Sachen II 120 ff. (220).
Ungültige Geschäfte I 279 ff. (120 ff.).
Universalsuccession I 185 (81).
Universitas juris, facti I 157, 158 (68).
— facti, Verpfändung II 274 (272).
— personarum I 137 ff. (60).
Universitäten I 143 (62).
Unmittelbarer Eigenthumserwerb II 80 (201).
Unmögliche Bedingungen I 250 (107).
Unmündige I 119 ff. (53 ff.).
Unmündige, Verjährung gegen U. I 343 (147).
Unrecht, objektives und subjektives U. I 196 ff. (86).
Unsittliche Bedingungen I 250 (107).
Unterbrechung der Ersitzung II 126 (221).
— der Klagenverjährung I 343 ff. (148).
Untereigenthum II 242 (258).
Untergang der Rechte s. Beendigung.
Untheilbarkeit der Servituten II 188 ff. (241), der körperlichen Sachen I 173 (76).
„Unus casus" II 133 a 9 (224).
Unvordenkliche Zeit I 369 ff. (160).
Unwissenheit I 199 ff. (87).
Urheberrecht, Verpfändbarkeit II 318 a 7 (293).
Urkundenprozeß I 304 (131).
Ursprünglicher Erwerb II 80 (201).
Urtheil I 371 ff. (161).
Urtheilsformel I 377 (163).
Usucapio I 334 (144), II 116 ff. (219 ff.), bei Servituten 221 (252).
— libertitas II 229 (254).
— pro herede II 117 a 3 (219).
Usureceptio II 217 a 3 (219).
— fiduciae II 257 a 5 (263).
Usus II 214 ff. (250).
— modernus Pandectarum I 33 (16).
Ususfructus II 199 ff. (246).
— causalis, formalis II 55 a 9 (192).
Utile tempus I 202 ff. (88).
Utiles actiones I 297 (128).
Utilis actio ad rem vindicandam II 135 (225).
— vindicatio I 298 (128).
Utilitas bei Servituten II 184 (240), vgl. I 77 a 4 (36).

V.

Väterliche Gewalt, Stellung im System I 49 (22).
Vektigalrecht II 241 (258).
Venia aetatis I 123 (54).
Verarbeitung s. Spezifikation.
Veräußerung I 189 (83).
— der Streitsache I 360 ff. (155).
Veräußerungsverbote II 112 ff. (217).
Verbindung, Eigenthumserwerb durch V. II 95 ff. (208 ff.), vgl. 81 a 6 (201).

Digitized by Google

Verbotsgesetze I 67 ff. (31).
Verbrauchbare Sachen I 170 (75).
Vereinigung, Eigenthumserwerb durch V. II 97 (209).
Vererblichkeit der Klagerechte I 314 (136).
Verfügungen, einstweilige I 387 (168).
Verjährung I 333 ff. (144 ff.).
— der Eigenthumsklage II 57 (192).
— der Emphyteusis II 249 (260).
— des Pfandrechts II 312 (291).
— der Servituten II 229 (254).
— bei Statutenkollision I 105 (48).
— der Superficies II 246 (259).
Verletzung als Voraussetzung der Restitution I 324 (140).
Verlust der Rechte s. Beendigung.
Vermächtnisse, bedingte, I 256 (110), 258 a 6 (111).
Vermengung und Vermischung s. Kommixtion.
Vermiether, Pfandrecht an dessen Illaten II 266 ff. (268).
Vermittelnde Gesetze I 69 (32).
Vermögen I 154 ff. (67), 47 (22).
Vermuthungen I 368 (159), vgl. 114 ff. (51).
Veroneser Palimpsest I 20 (10).
Verpächter, Pfandrecht desselben II 266 ff. (268).
Verpfändung s. Pfandkonvention, V. fremder Sachen II 263 ff. (267), von Servituten 316 ff. (293), des Urheberrechts 318 a 7 (293).
Versäumniß, Restitution I 324 (139).
Verschollenheit I 115 (51).
Verschuldung I 196 ff. (86).
Verschwender I 127 ff. (57), vgl. 120 (53).
Versicherungsgelder, Pfandhaftung II 292 a 8 (283).
Versio in rem, Pfandprivilegium II 300 ff. (287).
Vertheidigung im Prozeß I 365 (158).
Vertrag I 214 ff. (92).
Vertragstitel I 181 (79).
Vertretbare Sachen I 170 (75).
Vertretung, gesetzliche I 278 (119).
Verurtheilendes Erkenntniß I 372 (161).
Verwendungen s. impensae.
— des Besitzers II 144 (227).
Verwendungen des Nießbrauchers II 211 (248).
— des Pfandgläubigers II 293 (283).
Verwirkung des Eigenthums II 115 (218).
— der Emphyteuse II 248 (260).
Verzicht I 188 (83), als Endigungsgrund des Pfandrechtes II 309 (291).
Vetustas I 370 a 6 (160).
Via II 191 (242).
Viae consulares, vicinales I 164 (72).
Vicinität bei Servituten II 186 (240).
Viehtrift II 192 (242), 194 (243).
Vindicatio II 139 ff. (226), I 305 a 5 (132).
— gregis II 139 (226).
— sacramento II 8 (171).
— utilis I 267 (115), 298 (128).
Vis absoluta, compulsiva I 238 (103).
Vitalität I 109 (50).
Vollmacht I 276 (119).
Vollstreckbarkeit des Urtheils I 372 (161), des Schiedsspruches 384 (166).
Voraussetzung, Begriff I 266 (115).
Vorkaufsrecht, des Eigenthümers der Emphyteuse II 249 (260).
Vormundschaftsrecht, Stellung im System I 49 (22).
Vulgata (= authenticum) I 21 (11).
Vulgathandschriften I 17 (11).

W.

Wahnsinnige I 125 (56).
Wassergerechtigkeiten II 193 (243), Verpfändbarkeit 318 (293).
Wechselforderungen I 304 (131).
Wege I 164 (72).
Wegegerechtigkeiten II 171 (235), 190 ff. (242), Verpfändbarkeit 318 (293).
Weiber s. Frauen.
Weidegerechtigkeiten II 194 (243), 171 (235).
Wernher I 34 (16).
Wesenbeck I 33 (16).
Wesentlicher Irrthum I 234 (102).
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand I 322 ff. (139).

Digitized by Google

Wilde Thiere, Eigenthumsverlust II 131 (223).
Willenserklärung I 214 (92), 221 ff. (96).
Windscheid I 37 (17).
Wohlthätige Rechtsgeschäfte I 215 (92).
Wohnsitz I 100 ff. (46).

Z.

Zahlung, Einwendung I 317 (137).
Zahlungsbefehl I 345 (148).
Zasius I 33 (16).
Zeit I 202 ff. (88 ff.).
Zeitbestimmungen I 262 ff. (113).
Zinsen von Darlehn I 178 (78).
Zubehör I 173 ff. (77).
Zurückbehaltungsrecht s. Retentionsrecht.
Zufall, Haftung des unredlichen Besitzers II 142 (226).
Zünfte I 138 (60).
Zusammenfügung, Eigenthumserwerb durch Z. II 97 (209).
Zuschlag II 115 (218).
Zwang I 238 ff. (103), Restitutionsgrund 323 (139).
Zwangsvergleich, Einrede aus dem Z. I 320 (138).
Zwangsverwaltung s. Sequestration.
Zweckvermögen I 135 (59).
Zweiseitige Rechtsgeschäfte I 285 (123), 214 ff. (92).
— Verträge I 214 ff. (92).
Zwingende Rechtsnormen I 66 ff. (31).
Zwitter I 124 (55).

Lippert & Co. (G. Pätzsche Buchdr.), Naumburg a. S.

Digitized by Google

In demselben Verlage sind erschienen:

Grundriß des Prozeß- und Zwangsvollstreckungs-Verfahrens nach der Deutschen Civilprozeßordnung mit Beispielen von **Willenbücher**, Oberlandesgerichtsrath. 2., umgearb. Aufl. 1900. 432 Seiten. Gut cartonnirt M. 8.

„Der Herr Verfasser gehört bereits durch frühere Werke über „das Kostenfestsetzungsverfahren und die Deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte", sowie die Kommentare zur „Grundbuchordnung" und „Reichskonkursordnung" zu den im besten Sinne bekannten Schriftstellern; seine nunmehr vorliegende neueste Arbeit reiht sich würdig den vorgenannten an. Dieselbe bezweckt nach dem Vorwort: „eine Veranschaulichung des Verfahrens, wie sich dasselbe in der Praxis gestaltet, ein Hilfsmittel für die sichere Handhabung dieses Verfahrens" zu bieten; und sie darf in erster Reihe den jüngeren Rechtsbeflissenen warm empfohlen werden, denen sie im Vorbereitungsdienste als ein zuverlässiger Rathgeber treu zur Seite stehen wird. Aber auch am Sitzungs- und Arbeitstische des Richters und Anwaltes dürfte durch das treffliche Buch einem vielfach empfundenen Mangel Abhilfe werden, da dasselbe durch Klarlegung des oft verwickelten Verfahrens dessen Verständniß vermittelt und dadurch zugleich zur Beschäftigung mit demselben anregt. — Die Beispiele sind nicht etwa den bekannten Formularbüchern entlehnt, sondern eigens für das vorliegende Werk unter sorgfältiger Beachtung des Gesetzes und der einschlagenden Ausführungsverordnungen in mustergültiger Art entworfen und eine reichhaltige sehr werthvolle Beigabe des Buches.

Das Werk bezeugt die große Belesenheit und reiche Erfahrung des Verfassers. Neben der Gesetzgebung im weitesten Sinne werden die Entscheidungen der Gerichte sowohl, wie die neuesten Forschungen der Rechtswissenschaft mit weiser Beschränkung, aber trotzdem erschöpfend, klar und wohl ausnahmslos zutreffend gewürdigt." Kammerger.-R. Strützki (Jur. Litteraturblatt).

Anleitung zur Anfertigung der wissenschaftlichen Arbeit für die erste juristische Prüfung. Von **A. Striemer**, Rechtsanwalt. 2. Aufl. 1896. M. 1,40.

„Eine vortreffliche kleine Schrift, die manchen Kandidaten vor der Anfertigung einer verfehlten Arbeit bewahren wird, indem sie ihn über den Weg, welchen er zu gehen hat, genau unterrichtet." Amtsrichter Dr. Heilfron (Juristisches Litteraturblatt).

Juristische Daten. Aus den verschiedenen Rechtsgebieten chronologisch zusammengestellt von **A. M. v. Biberstein.** 2. verbesserte und vermehrte Aufl. 1894. M. 1,80.

Eine eigene zeitraubende Zusammenstellung dem einzelnen Rechtskandidaten zu ersetzen und ihm gleichzeitig Gelegenheit zu geben, an der Hand juristischer Daten, die chronologisch, sachlich und übersichtlich geordnet sind, sich selbst zu prüfen, ob der Inhalt der Gesetze, ob die Entwickelung im Recht sein geistiges Eigenthum sei, — dies waren die Motive, welche den Herausgeber zu der vorliegenden Arbeit veranlaßt haben. Auf die gebräuchlichen Lehrbücher ist überall Bezug genommen.

Akademische Praktika von **Dr. Leonard Jacobi**, Prof. an der Universität Berlin. 1. Abtheilung. Privatrechtsfälle des Römischen und gemeinen Rechts. 2. Aufl. Cartonnirt M. 2,40. — 2. Abtheilung. Civilprozeßrecht. Cartonnirt M. 1,60.

Strafrechtsaufgaben zum Gebrauche bei dem akademischen Strafrechtspraktikum. Von **Dr. J. Kohler**, ord. Professor an der Universität Berlin. 1. Abtheilung. 1889. Cartonnirt M. 1,20. — 2. Abtheilung. 1899. Cartonnirt M. 1,20.

Examinatorium über das Bürgerliche Gesetzbuch. Von **Taubert**, Landgerichtsrath. 1. Abtheilung. Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse. 1899. M. 1,—. — 2. Abtheilung. Sachenrecht und Familienrecht. 1900. M. 1,50. (Die dritte [Schluß-]Abtheilung erscheint in Kürze.)

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google